

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

**Il dono di capacità riproduttiva: la PMA con dono di gameti e la GPA negli ordinamenti francese e italiano.**

**This is the author's manuscript**

*Original Citation:*

*Availability:*

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1738224> since 2022-03-01T21:48:25Z

*Publisher:*

Edizioni Scientifiche Italiane; Università degli Studi di Torino

*Terms of use:*

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)



Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino

TULLIA PENNA

IL DONO DI CAPACITÀ RIPRODUTTIVA:  
LA PMA CON DONO DI GAMETI E LA GPA  
NEGLI ORDINAMENTI FRANCESE E ITALIANO



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI TORINO

Edizioni  
Scientifiche  
Italiane





MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

12/2020



TULLIA PENNA

Il dono di capacità riproduttiva:  
la PMA con dono di gameti e la GPA  
negli ordinamenti francese e italiano



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI TORINO

Edizioni  
Scientifiche  
Italiane



Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell'anonimato sia dell'Autore sia dei revisori (double blind peer review). La valutazione è stata affidata a esperti del tema trattato, designati dal Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.

I revisori hanno formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

PENNA, Tullia

Il dono di capacità riproduttiva: la PMA con dono di gameti  
e la GPA negli ordinamenti francese e italiano

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino - 12/2020

Napoli-Torino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università degli Studi di Torino

© 2020 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7  
[www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
[info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

pp. X+350; 24 cm  
ISBN: 978-88-495-4048-2

Prima edizione: febbraio 2020

© 2020 Università degli Studi di Torino  
10124 Torino, Via Verdi 8  
[www.collane.unito.it/oa/](http://www.collane.unito.it/oa/)  
[openaccess@unito.it](mailto:openaccess@unito.it)

ISBN: 9788875901455



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

*a Laura, a Stefano e a tutta la mia famiglia  
al prof. Nerhot per gli insegnamenti e la fiducia riposti in me*





# Indice

## *Introduzione*

1

## CAPITOLO I

### *La bioetica e il diritto positivo: dalle fonti internazionali agli ordinamenti italiano e francese*

1. Alcuni rilievi introduttivi circa la differenza tra *etica medica* e *bioetica* 5
2. Origine del diritto alla salute 9
  - 2.1. Il diritto alla salute nel diritto internazionale 10
  - 2.2. Il riconoscimento della salute nella sua dimensione sessuale e riproduttiva 14
  - 2.3. Il diritto alla salute nel diritto europeo 16
3. I principi cardine della bioetica nella Convenzione di Oviedo 18
  - 3.1. Il diritto alla salute nell'ordinamento italiano 22
  - 3.2. La ricezione della Convenzione di Oviedo in Italia 26
  - 3.3. Il diritto alla salute nell'ordinamento francese 28
  - 3.4. La Convenzione di Oviedo nell'ordinamento francese 31

## CAPITOLO II

### *La Procreazione Medicalmente Assistita come cura per la salute riproduttiva*

1. Un profilo di salute specifico: la salute riproduttiva 35
  - 1.1. L'aspetto classificatorio delle *cure* per la salute riproduttiva 38
2. La fecondazione *in vitro* come paradigma delle tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita 42
3. Le tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita in Italia e in Francia tra critiche morali, *gender bias* e stigma sociale 46
  - 3.1. La PMA nel diritto positivo: definizioni preliminari 49
  - 3.2. I requisiti oggettivi di accesso alla PMA 52
  - 3.3. Alcuni rilievi in merito al *paternalismo* in ambito medico 56
  - 3.4. I requisiti soggettivi di accesso alla PMA 61

3.5. La PMA con dono di gameti	62
3.6. La PMA <i>eterologa</i> nella Legge 40	62
3.7. La PMA <i>eterologa</i> dopo la sentenza 162/2014	66
3.8. La PMA “ <i>avec don de gamètes</i> ” in Francia	69
3.9. La specifica tutela apprestata all’embrione umano	72
3.10. L’embrione umano nella Legge 40 e i relativi interventi della Corte Costituzionale	73
3.11. L’embrione umano nel <i>Code de la Santé Publique</i>	79
3.12. L’obiezione di coscienza rispetto alle tecniche scientifiche che coinvolgono l’embrione	84
3.13. La tutela dell’embrione umano in qualità di <i>nascituro</i>	85
3.14. I centri PMA autorizzati, i registri nazionali, le linee guida in materia di PMA e gli enti vigilanti sull’applicazione delle norme	91

### CAPITOLO III

#### *Il modello bioetico francese: il principio di anonimato nel dono di gameti tra CECOS ed enfants du don*

Premessa	93
1. Indicazioni <i>cliniche</i> al dono di gameti	94
2. Cenni storici circa la <i>pratica</i> del dono di gameti	97
3. Georges David e i <i>Centres d’étude et de conservation des œufs et du sperme humains</i>	100
4. La <i>loi n° 94-654 du 29 juillet 1994</i> e il modello bioetico francese	111
5. Il principio dell’anonimato nel dono di gameti: l’oggetto dell’anonimato e il potere medico	117
5.1. I soggetti verso i quali opera il principio di anonimato	122
5.2. Il concetto di <i>origine</i> : punti di metodo	123
5.3. La <i>simulazione</i> quale paradigma sociale del dono di gameti in Francia	126
5.4. L’origine genetica degli <i>enfants du don</i>	130
5.5. Approfondimento sul ruolo della genetica e dell’epigenetica rispetto all’origine degli <i>enfants du don</i>	136
5.6. Il <i>segreto</i> come condizione necessaria alla <i>simulazione</i> nel dono di gameti	141
5.7. Alcuni spunti neuroscientifici rispetto alla memoria degli <i>enfants du don</i>	143

### CAPITOLO IV

#### *Il dono di capacità riproduttiva e il diritto di accesso alle origini per gli enfants du don*

1. Il dono di gameti come dono di capacità riproduttiva	149
---	-----

2. La legittimazione della “famiglia IAD” come condizione preliminare per evitare il segreto	151
3. La parità di genere nell’istituto matrimoniale quale paradigma di ri-scrittura della struttura familiare	155
4. I rapporti di filiazione nell’ordinamento francese	158
5. I possibili cortocircuiti nelle reti del dono di gameti	164
6. La questione di genere connaturata al dono di gameti	168
7. Il <i>Social egg freezing</i> tra prevenzione e derive commerciali	174
8. Il diritto di accesso alle origini per gli <i>enfants du don</i> nella giurisprudenza della ECtHR	181
9. I <i>best interests</i> del bambino in relazione al diritto all’accesso alle origini nella PMA con dono di gameti	185
10. Il diritto di accesso alle origini nella giurisprudenza francese: il caso Audrey Kermalvezen	187
11. La PMA eterologa in Italia e le relative norme nel diritto di famiglia	189

## CAPITOLO V

### *La Gestazione per Altri come dono di gestazione*

1. Profili definitivi e indicazioni cliniche per la Gestazione per Altri	199
2. Gli <i>Infertility Centers</i> e il caso <i>Baby M</i>	203
3. Le legislazioni francese e italiana in materia di GPA e i primi casi giudiziari	209
4. Il fenomeno della <i>Cross Border Reproductive Care</i>	213
5. Il corpo della donna nella GPA: autodeterminazione e autonomia	224
6. Il bilanciamento dei diritti in gioco nella GPA e la <i>freedom to procreate</i>	229
7. Le molteplici voci del movimento femminista rispetto alla GPA	233
8. Il mercato come contesto di analisi della GPA	242
9. Il corpo della donna nella GPA: la medicalizzazione della riproduzione femminile	249
10. Il dono di gestazione: è possibile una GPA etica?	258
11. Il ruolo della genetica rispetto al concetto di <i>madre</i> nella GPA	263
12. I <i>best interests</i> del bambino nella GPA	265
13. I rapporti di filiazione negli ordinamenti francese e italiano in relazione alla GPA	272
14. La GPA nella giurisprudenza della ECtHR	278
15. Alcuni rilievi conclusivi <i>de iure condendo</i>	283

<i>Conclusioni</i>	289
--------------------	-----

## APPENDICE

<i>Le prospettive di revisione delle Lois de Bioéthique francesi per il 2019. I disegni di legge italiani n. 1630, n. 1607 e la proposta di legge C. 1906.</i>	
L'anonimato nel dono di gameti	295
La c.d. <i>PMA pour toutes</i>	300
La <i>PMA post mortem</i>	307
L'autoconservazione degli ovociti	309
La GPA	311
Prospettive di riforma in Italia: il d.d.l. 1630, il d.d.l. 1607 e la proposta di legge C. 1906	313
<i>Bibliografia</i>	315
<i>Relazioni, rapporti e pareri</i>	337
<i>Siti web</i>	340
<i>Contributi in congressi</i>	348

## Introduzione

Un cinquantennio è quasi trascorso da quando un professore di oncologia, biochimico di formazione, teorizzò la nascita di una nuova disciplina, intesa come “*bridge to the future*”. Van Rensselaer Potter descrisse quindi la nozione “*bioethics*” quale spazio di incontro tra discipline eterogenee come la biologia, la medicina, il diritto, l’economia e la filosofia. A muovere lo studioso era stata, tra le altre, la constatazione dell’impatto delle nuove tecnologie sull’*umano*, sulla sua natura di essere *vivente*, in continua trasformazione lungo un percorso ancora largamente da decifrare. Dal 1971 le procedure mediche, grazie all’ausilio della tecnologia, sono andate affinandosi e iper-specializzandosi, consentendo interventi sul *corpo* degli individui un tempo inimmaginabili. Al contempo, simili procedure hanno dato luogo a mutazioni sociali prive di precedenti. In questo senso si è quindi verificato un interessante equivoco sul piano sociale: l’intervento sui *corpi* è stato proposto come *cura* anche quando non in grado di ripristinarne delle funzionalità compromesse. Ciò non significa che si siano affermate delle procedure mediche fallimentari, ma che queste siano state intese quali interventi sui *corpi* anche quando si siano rivolte al piano *sociale*.

Per tale ragione è apparsa imprescindibile una riflessione in materia di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA). In particolare attraverso l’analisi dei presupposti e delle conseguenze di simili tecniche, al fine di comprendere se si possano catalogare a buon titolo quali *cure* o, piuttosto, quali *pratiche sociali*. La considerazione non è irrilevante, se si tiene a mente come la PMA insista sì sui *corpi* dei soggetti che vi si sottopongono, ma determini la nascita di nuovi individui portatori di interessi e titolari di diritti. In altri termini, la PMA sollecita in egual misura la medicina, la filosofia e il diritto nella misura in cui permette la nascita di una persona alternativamente non concepibile. Tali tecniche conducono quindi a interrogare il concetto stesso di *cura* e, conseguentemente, la nozione di diritto alla *salute*.

Occorre pertanto riconoscere come la PMA costituisca oggi giorno una delle branche della medicina più foriere di interrogativi sul piano *etico* e su quello giuridico. Quali sono i diritti alla base dell'accesso alla PMA? Si può teorizzare l'esistenza di un diritto *al figlio*? Dove va ricercato il confine tra *terapia* e *costrutto sociale* qualora la PMA sia una PMA con dono di gameti o una Gestazione per Altri (GPA)? In simili casi quali legami possono, o debbono, instaurarsi tra il donatore, o la donatrice, e coloro che nascono grazie al loro contributo? Conseguentemente, le vigenti norme in materia di diritto di famiglia rispondono adeguatamente alle sfide che la scienza e le biotecnologie pongono agli ordinamenti? Simili questioni sono solo alcune di quelle alle quali si è cercato di fornire risposta nella presente trattazione, in un approccio che tenesse in debita considerazione le premesse scientifiche, al fine di non giungere a risultati privi di fondamenta. Un'analisi che rintraccia la propria legittimità anche da un dato quantitativo: dal 1978 a oggi, vale a dire dalla nascita della prima bambina concepita *in vitro*, i nati con tecniche di fecondazione *in vitro* (quindi solo di una parte dell'intero settore della PMA) hanno superato i 7 milioni a livello globale<sup>1</sup>.

Nondimeno, la PMA è il terreno di coltura perfetto per alcune tra le più rilevanti questioni di genere. Non solo perché per secoli l'infertilità e la sterilità sono state ricondotte esclusivamente alle donne, provocando una pericolosa confusione tra il piano biologico e quello morale, vale a dire *colpevolizzando* la donna per la propria *fisica* incapacità di generare un figlio. Ancora oggi l'equazione morale in base alla quale una donna, per essere tale, debba necessariamente essere *madre* è ardua da eradicare dall'immaginario collettivo. Una donna infertile è invero potenzialmente esposta alla stigmatizzazione sociale più di quanto non possa accadere all'uomo infertile, la cui condizione viene spesso celata e la mancanza di prole ancora ascritta al disfunzionamento del corpo femminile. Persino in riferimento al dono di gameti, stereotipi e *bias* di genere si presentano quali protagonisti di un'analisi spesso tragicamente priva di fondamenti scientifici.

La PMA, inoltre, è sovente oggetto di quel fenomeno indicato a lungo, infelicamente, come *turismo riproduttivo*. Un concetto basato sull'equivoco della natura edonistica dei viaggi che alcuni soggetti si trovano a intraprendere per accedere a tecniche di PMA specifiche, valicando quindi i confini nazionali per rivolgersi a Paesi esteri. Per questa ragione, ma non solo, si è ritenuto proficuo istituire una com-

<sup>1</sup> N.N., *World IVF baby total now put at 7 million*, in *Focus on Reproduction - ESHRE journal*, September 2017, p. 19.

rintracciabile in alcune pronunce, nonché in alcuni documenti di *soft law*, rispecchiano una genuina *ignoranza*, nel suo significato più neutro, dell'effettiva configurazione delle norme in materia di PMA d'oltralpe. Acciocché dunque il richiamo non funga da comodo alibi per l'inerte Legislatore italiano, appare necessario gettare luce sulla reale strutturazione del c.d. modello bioetico francese. Inoltre, nel corso del 2018 la Francia ha intrapreso il processo di revisione e aggiornamento delle proprie leggi in materia di bioetica; processo che avrebbe dovuto conoscere l'esito in un progetto di legge depositato per la fine del 2018, da approvarsi entro la primavera del 2019. I tempi si sono dilatati fino al 2020, ma, in ogni caso, la circostanza di una riforma che si preannuncia radicale ha costituito una ragione ulteriore per volgere lo sguardo all'ordinamento francese, traendo beneficio dal particolare periodo di fermento intellettuale sul tema.

Dal presente lavoro risultano tuttavia escluse le considerazioni circa il ricorso alla PMA da parte delle coppie omosessuali. Simile scelta non è dettata da una condanna di ordine morale da parte di chi scrive, anzi. Trattasi dell'intenzione invece di sottoporre ad analisi la PMA per le coppie eterosessuali in quanto *premessa* volta a individuare il peso delle *ideologie* nel dibattito in materia e, pertanto, addvenire ad alcune conclusioni potenzialmente condivisibili sul piano concettuale al di là del posizionamento politico o confessionale dell'osservatore. Indagare la PMA per stabilirne l'eventuale connotazione *sociale*, più che *terapeutica*, comporta infatti la possibilità di riconoscere come il richiamo al bistrattato concetto di *natura* appaia fuorviante e poco coerente. In altri termini, giungere alla constatazione della vocazione *sociale* della PMA, specialmente nella forma della PMA con dono di gameti, implica porre in dubbio la pertinenza della contrapposizione fondata sull'orientamento sessuale. La PMA con dono *guarisce* le persone infertili o sterili divenute tali a causa di una malformazione congenita, di una patologia o di un trauma?

In caso di risposta negativa, apparirà evidente come la pretesa *naturalità* della PMA quando si riferisca a coppie eterosessuali dovrà venir accantonata in favore del riconoscimento del profilo schiettamente *sociale* della pratica. Il tema dell'omogenitorialità, inoltre, richiederebbe a parere di chi scrive una trattazione autonoma, in virtù dell'estensione e della complessità della materia.

Gettate tali premesse, l'analisi si muoverà *in primis* da alcune considerazioni in materia di diritto alla salute, per apprezzarne dimensione e potenzialità, specialmente in relazione alla specificità dell'approccio bioetico. *In secundis* si avrà modo di porre a confronto le norme francesi e italiane in materia di PMA, affinché i punti di con-

tatto e quelli di rottura emergano anche in ottica *de iure condendo*, stante l'auspicio in questo senso rintracciabile in alcuni documenti di *soft law* italiani. Successivamente l'analisi verterà sulla PMA con dono di gameti, tributando peculiare attenzione al c.d. modello bioetico francese e alle testimonianze chiave di due militanti, largamente conosciuti in Francia, per l'abolizione dell'anonimato dei donatori di seme e delle donatrici di ovociti. Interrogando il concetto di origine si approderà quindi a discutere il diritto di accesso alle origini per i nati da PMA con dono, i c.d. *enfants du don*. Infine, lo sguardo verrà volto alla pratica della GPA, affinché si possa provare a comprendere se e come sia possibile ipotizzare la legalizzazione della c.d. GPA *etica*. Le considerazioni di matrice filosofico-giuridica saranno condotte sempre sulla scorta di debite premesse scientifiche, in particolare mediche, nella piena condivisione dell'ideale di *interdisciplinarietà* che connota la bioetica.



## CAPITOLO I

### La bioetica e il diritto positivo: dalle fonti internazionali agli ordinamenti italiano e francese

#### 1. *Alcuni rilievi introduttivi circa la differenza tra etica medica e bioetica*

Nell'analisi dei temi inerenti alle tecniche e alle tecnologie che facilitano o consentono la riproduzione umana è frequente l'equivoco tra i due possibili approcci adottabili. Simile equivoco si produce e ripercuote in realtà sulla totalità delle questioni che riguardano l'intervento della medicina come *tecnica* sul corpo umano. Occorre pertanto distinguere l'approccio dell'*etica medica* da quello della *bioetica*.

L'*etica medica* è l'«exigence d'une certaine forme de comportement de la médecine au service du malade», che quindi «couvre tout le champ relationnel de la médecine»<sup>1</sup>. Essa guarda quindi alla peculiare relazione che si instaura tra medico e paziente, una relazione la cui asimmetria di saperi e competenze non dovrebbe tradursi in un rapporto di forza, quanto in uno di fiducia e affidamento. Ciononostante sono ben note le critiche secondo le quali, a partire dagli studi medici e attraverso le sale operatorie, si sono varcati i confini ultimi dell'*humanitas*, giungendo nei campi di sterminio a fare della *nuda vita* « il luogo per eccellenza della decisione *sovrana* »<sup>2</sup>. Nel fascismo e nel nazismo, in quanto movimenti *biopolitici*, la componente deteriore della relazione tra paziente (divenuto tale per coercizione) e medico ha assunto quindi la sua forma più estrema. Il *paziente* è stato spogliato di ogni capacità decisionale, di ogni controllo nonché deprivato di qualunque rispetto del pudore del proprio

<sup>1</sup> SICARD D., *L'éthique médicale et la bioéthique*, Presses Universitaires de France, Paris, 5<sup>e</sup> éd., 2017, pp. 3-4.

<sup>2</sup> Il sottolineato è di chi scrive; AGAMBEN G., *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 2005, p. 142.

corpo. I processi di Norimberga e, in particolare, la convocazione al banco degli imputati dei medici nazisti, ha permesso la formulazione di quello strumento, il c.d. Codice di Norimberga, che ha definitivamente sancito l'ingresso della *nuda vita* sulla scena politica. Michel Foucault ha infatti sottolineato come «per millenni, l'uomo è rimasto quel che era per Aristotele: un animale vivente, e inoltre, capace di esistenza politica; l'uomo moderno è un animale nella cui politica è in questione la sua vita di *essere vivente*»<sup>3</sup>. In questo senso dunque quella tra medico e paziente sarebbe divenuta una relazione sede di istanze ben distinte dagli interessi individuali del secondo, in quanto parzialmente occupata da pretese di ordine *politico*.

La *bioetica*, invece, coincide con «la mise en forme à partir d'une recherche pluridisciplinaire d'un questionnement sur les conflits de valeurs suscités par le développement technoscientifique dans le domaine du vivant», che pertanto «couvre le questionnement existentiel et ontologique du rapport au vivant»<sup>4</sup>. Da questo punto di vista si può considerare alla stregua di un fattore scatenante la c.d. rivoluzione biologica operatasi nel decennio 1965-1975, nel corso del quale si è affermato progressivamente l'interesse verso i modi di insistenza della *tecnologia* sui *corpi*<sup>5</sup>, mentre l'attenzione al rapporto *umano* tra medico e paziente, andava gradualmente affievolendosi. La bioetica, o meglio, «*bioethics*», è quindi il termine coniato nel 1971 da Van Rensselaer Potter per riferirsi al nascente settore di studi interessato a chiarire il rapporto tra tecnologia e *umano*, in un dialogo interdisciplinare<sup>6</sup>. Tale carattere costituisce a tutt'oggi il tratto precipuo della disciplina<sup>7</sup>, mantenendo quindi la natura assunta sin dalla fondazione del noto e prestigioso Hastings Center, ritenuto il «monastero della bioetica» in quanto spazio di ricerca e dialogo interdisciplinari<sup>8</sup>. La bioetica è quindi «un movimento di idee»<sup>9</sup>, la cui fluidità non è andata esente da critiche specialmente in Italia, dove le è stata contestata una mancanza di legittimità a fronte del suo

<sup>3</sup> L'enfasi è data da chi scrive; FOUCAULT M., *La volontà di sapere*, Feltrinelli, Milano, 1978, p. 127.

<sup>4</sup> SICARD D., *op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>5</sup> SPINSANTI S., *Bioetica. Biografie per una disciplina*, Franco Angeli, Milano, 1995, p. 44.

<sup>6</sup> POTTER V.R., *Bioethics: Bridge to the Future*, N. J. Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1971.

<sup>7</sup> Si vedano SICARD D., *op. cit.*, pp. 13-14; BORSELLINO P., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2018, p. 24.

<sup>8</sup> SPINSANTI S., *op. cit.*, p. 43.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 7.

non poter essere identificata quale sapere *critico*. In tal senso si qualifica come «*critica* ogni forma di sapere che sia in grado di sottoporre ad analisi *razionale* i propri fondamenti, per mostrarne possibilità, limiti, consistenza e senso»<sup>10</sup>. Chiaramente la bioetica non risponde a simile definizione e, anzi, è più facilmente riconducibile al novero delle *pratiche sociali*, ma con un precipuo oggetto: la medicina<sup>11</sup>. Non solo, la bioetica tradizionale soffre infatti di un'intrinseca debolezza, determinata dal suo procedere per via deduttiva alla risoluzione di *hard cases*, casi medici estremi per necessità di intervento e questioni morali sollecitate, attraverso l'applicazione di alcuni principi morali supremi<sup>12</sup>.

Simili tratti caratterizzanti, invero idonei a precludere alla bioetica la possibilità di venir annoverata tra i pensieri *critici*, costituiscono al contempo elementi adatti a considerare la bioetica uno spazio d'incontro tra saperi. Un luogo di pensiero nel quale *soft* e *hard sciences* possono ambire a identificare dei proficui punti di sintesi. In questo senso, tra i numerosi saperi convocati dalla bioetica, un ruolo preminente è da attribuirsi non solamente al diritto nelle sue diverse declinazioni, ma specialmente alla filosofia del diritto. Ciò in virtù della particolare capacità orientativa della disciplina rispetto al rapporto tra pratiche sociali e norme ordinamentali che intervengono a regolarle. Indubbiamente, rispetto al presente lavoro, la nota distinzione operata da Norberto Bobbio tra «filosofia del diritto dei filosofi» e «filosofia del diritto dei giuristi»<sup>13</sup> emergerà nel suo rilievo, ponendosi la presente analisi l'obiettivo non tanto di applicare degli assunti generali alle pratiche considerate, quanto di chiarirne presupposti, natura e conseguenze sul piano concettuale e pragmatico.

Occorre comunque tenere a mente come il dibattito interdisciplinare reso possibile dalla bioetica non abbia conosciuto, né conosca a oggi, un'esistenza semplice in Italia, dove non solo una palpabile diffidenza nutre le relazioni tra ambito medico e ambito giuridico, ma soprattutto alcune voci si schierano apertamente per un'astensione degli operatori del diritto dall'*ingerenza* in ambito sanitario<sup>14</sup>. Con buona pace dei detrattori del dialogo tra diritto e medicina, una branca del sapere giuridico si è ormai affermata con l'evocativo

<sup>10</sup> D'AGOSTINO F., *Bioetica e biopolitica, Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 37.

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 38.

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 42.

<sup>13</sup> BOBBIO N., *Natura e funzione della filosofia del diritto*, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, pp. 37-51.

<sup>14</sup> Come ricorda BORSELLINO P., *op. cit.*, pp. 71-75.

nome di “*biodiritto*”<sup>15</sup> e altre voci si sono levate non solo a favore della legittimità dell’intervento normativo, ma della sua *necessità* in qualità di mediatore tra i diritti in gioco<sup>16</sup>. Al fianco di quest’ultimo si è collocata una corrente di pensiero di derivazione cattolica, detta “*biogiuridica*”, secondo la quale sembrerebbe possibile ridurre a una completa *oggettivazione* le nozioni in gioco nel rapporto tra medicina e diritto<sup>17</sup>. Tuttavia simile impostazione pare subire una palese fragilizzazione qualora si ponga attenzione a quella precipua “*plurisignificanza*” dei termini impiegati nel discorso bioetico<sup>18</sup>.

Ciò premesso, la distinzione tra *etica medica* e *bioetica* ha comportato un duplice ordine di effetti: da un lato l’istituzione di enti e agenzie dedicati alla prima o alla seconda, dall’altro il proliferare di documenti, più o meno vincolanti, volti a sancire un’ampia gamma di diritti. Dal primo punto di vista vediamo dunque come il Comitato Nazionale di Bioetica, istituito nel 1990 presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, si collochi tra quei comitati *etici* di natura commista (trattando tanto l’*etica medica*, quanto la *bioetica*), mentre il *Comité Consultatif National d’Ethique* francese non possa essere definito quale organo di consultazione *bioetica*<sup>19</sup>. Dal secondo punto di vista, invece, occorre richiamare nuovamente il pensiero di Norberto Bobbio, con l’intenzione di accedere senza remora alcuna alla sua considerazione dell’epoca giuridica contemporanea quale «l’età dei diritti»<sup>20</sup>. In tal senso un’analisi che ambisca a gettare luce sulle pratiche mediche odierne in ambito riproduttivo non può esimersi dal muovere da alcune premesse di diritto positivo, legate innanzitutto al diritto alla salute, per seguire poi traiettorie più complesse a seconda della peculiarità dei soggetti e delle tecniche prese in considerazione. Sempre ricordando le critiche di

<sup>15</sup> Cfr. BALISTRERI M., *Biodiritto*, in LECALDANO E., *Dizionario di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 25-27; CASONATO C., *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università di Trento*, Litotipografia Alcione, Trento, 2006; MAZZONI C.M. (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Il Mulino, Bologna, 1998; NEIRINCK C. (a cura di), *De la bioéthique au biodroit*, in *Collection droit et société*, diretta da Arnaud J., Commaille J., Ost F., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1994.

<sup>16</sup> D’AVACK L., *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino, 2<sup>a</sup> ed., 2009, pp. 35-37.

<sup>17</sup> D’AGOSTINO F., *Dalla bioetica alla biogiuridica*, in *Transizioni*, 13-14, 1989, p. 291.

<sup>18</sup> BORSELLINO P., *op. cit.*, p. 92.

<sup>19</sup> SICARD D., *op. cit.*, p. 3.

<sup>20</sup> BOBBIO N., *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

Bobbio non solo al fondamento che si pretende *assoluto* dei diritti fondamentali, ma anche alla vaghezza della loro definizione e all'eterogeneità della loro natura<sup>21</sup>.

## 2. Origine del diritto alla salute

Diritto sociale per eccellenza, il diritto alla salute si colloca al crocevia tra questioni di ordine morale e di ordine giuridico, costituendo uno dei terreni più fertili del dibattito contemporaneo. Si tratta di un diritto il cui spazio emerge dall'intersezione tra alcune delle nozioni più basilari del contemporaneo Stato di diritto, quali la libertà in quanto "autodeterminazione", la dignità della persona, nonché il consenso libero e informato. Il problematico rapporto che intercorre tra la corporeità dell'individuo e la propria definizione come soggetto di diritto è stata, e rimane indubbiamente la chiave di lettura più utilizzata per definire confini e contenuti del diritto alla salute. In questo senso occorre tenere a mente, seppure senza dedicarvi un'apposita analisi in questa sede, come storicamente il diritto alla salute appartenga ai diritti umani di c.d. seconda generazione (economici e sociali), ossia a quella categoria nata in seno ai processi di Norimberga. Il richiamo alla origine di tale diritto è cruciale per due ragioni. La prima, di natura giuridica, attiene alla concezione aperta del catalogo dei diritti umani, così come formulata da Bobbio<sup>22</sup>. La seconda, di matrice filosofica, concerne la necessità di ri-pensare l'*umano* in seguito agli orrori perpetrati nel corso della Seconda Guerra Mondiale e ri-pensarlo soprattutto nella sua *materialità*, tanto vilipesa quanto mortificata. Su questo tema si avrà modo di ritornare in seguito con maggiore precisione.

Anche la più superficiale delle incursioni nella storia del diritto alla salute consente di notare chiaramente come, in una prima fase, esso fosse inteso in chiave collettiva. Infatti, come Ferrara ha ampiamente descritto, le forme embrionali dell'attuale sistema sanitario italiano poggiavano le proprie fondamenta su reti assistenziali prima di matrice cattolica e, successivamente, statali<sup>23</sup>. Il passaggio da que-

<sup>21</sup> *Ivi*, pp. 5-16.

<sup>22</sup> BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 9-10.

<sup>23</sup> Tali reti miravano a ridurre lo stato di morbidità, inteso come fattore negativo per la società e l'ordine pubblico interno. Quest'ultimo era il bene giuridico tutelato dal sistema sanitario nel corso del XIX e della prima metà del XX secolo. Benché a inizio '900 cominciasse a farsi largo, quantomeno *in nuce*, l'idea che la salute potesse

stione di ordine pubblico a diritto sociale è avvenuto anche nella maggior parte degli altri Paesi europei: l'avvento delle masse sulla scena politica ha richiesto infatti profondi interventi di riforma, il risultato ultimo dei quali è consistito nella nascita dello Stato sociale di diritto<sup>24</sup>. In tal modo la salute è quindi divenuta un diritto del cittadino a ricevere prestazioni e fruire di servizi offerti dalle strutture statali. Indubbiamente una prospettiva pubblicistica è stata mantenuta per quel che riguarda la gestione di epidemie, gravi crisi igieniche o altri fenomeni patologici su larga scala. Ciò nondimeno, l'apprezzamento della salute come elemento fondamentale della vita umana appare oggi giorno un dato indiscutibile, il cui sviluppo ha reso il diritto in questione non solo poliedrico, ma soprattutto declinato in numerose varianti, di volta in volta legate a ulteriori libertà individuali.

## 2.1. *Il diritto alla salute nel diritto internazionale*

Il percorso per il riconoscimento universale del diritto alla salute è quindi iniziato nell'immediato dopoguerra, muovendo i primi passi a partire dalla *Constitution of the World Health Organisation* (WHO) nel 1946<sup>25</sup>. A tutt'oggi la Costituzione offre la definizione più completa della salute, intendendola come «a state of complete physical, men-

essere oggetto di autotutela privata e così nascessero le prime forme di previdenza sociale, soltanto dopo i processi contro i crimini della Seconda Guerra Mondiale quell'idea conobbe un reale sviluppo. FERRARA R., *L'ordinamento della sanità*, Giapichelli, Torino, 2007, pp. 41-45.

<sup>24</sup> FERRARA R., *Salute (diritto alla)*, in *Digesto pubbl.*, XIII, UTET, Torino, 1997, pp. 513 ss.

<sup>25</sup> Nel febbraio 1946 l'*Economic and Social Council* delle *United Nations* votò per costituire una singola organizzazione internazionale dedicata alla salute, così, il mese seguente, a Parigi si riunirono 22 alti funzionari in qualità di delegati al *Technical Preparatory Committee* incaricato di redigere lo statuto della nascente organizzazione. I delegati «knew, as few others, the calamitous health conditions around the world; the ravages of epidemics of influenza, typhus, and cholera; the many millions who had died and the many others who lived at the edge of subsistence. [...] And with Hiroshima and Nagasaki indelibly imprinted in their memories, the delegates were passionate in warning against further uses of what we now call 'weapons of mass destruction': The atomic bomb and biological warfare, they wrote, "had become a fearful menace and unless doctors realize their responsibilities and act immediately, humanity runs the risk of total annihilation"», come ricorda BOK S., *WHO Definition of Health, Rethinking the*, in *International Encyclopedia of Public Health*, 2<sup>nd</sup> edition, Volume 7, Harvard University, Cambridge, MA, USA, 2017, p. 417.

tal and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity»<sup>26</sup>. Il documento sancisce nettamente come «the enjoyment of the highest attainable standard of health» sia uno dei diritti fondamentali della persona umana, da garantirsi senza alcun tipo di discriminazione e la cui realizzabilità dipenda dalla cooperazione tra individui e Stati<sup>27</sup>. Tra i numerosi principi programmatici presenti nella Costituzione, va evidenziato il ruolo principe dell'informazione dell'individuo nell'accrescimento dei livelli di salute globale e la specifica attenzione dovuta alle necessità dei bambini. Tuttavia non si può non ricordare come tale definizione abbia ricevuto alcune aspre critiche, specialmente in virtù della propria estensione. Una delle voci più autorevoli sul tema è quella di Callahan, filosofo e bioeticista statunitense, che sin dagli anni '70 ebbe a porre in discussione la natura utopica della definizione fornita dalla WHO<sup>28</sup>. Secondo Callahan il pericolo sarebbe stato quello di annoverare nell'ampio spettro della definizione ogni sorta di difficoltà in grado di ostacolare il venire in essere o il sussistere del “*social well-being*” individuale. L'obiettivo ultimo della norma non solo sarebbe stato del tutto utopico, ma sarebbe divenuto molto arduo anche rintracciare i limiti delle competenze mediche<sup>29</sup>. Ciononostante, da parte di chi scrive, seguendo l'impostazione proposta da Durante, l'ipotesi secondo cui la definizione fornita dalla WHO potrebbe condurre alla radicale “medicalizzazione” di qualsiasi aspetto dell'esistenza individuale è quanto meno da limitare, considerato come qualsiasi nozione di salute, in via teorica, integrerebbe sempre un ideale non del tutto realizzabile. Perciò tale

<sup>26</sup> La definizione positiva del concetto di *salute* era l'obiettivo principale dei delegati, che vi lavorarono tra il giugno e il luglio 1946, al fine di superare la tradizionale, ormai millenaria, idea che uno stato di salute coincida con il debellare una patologia. A fornirci questa testimonianza è ancora BOK S., *ibidem*.

<sup>27</sup> «Because the Cold War had not yet begun, it was still possible to hope for unprecedented global collaboration among governments of the world, enlisting health professionals everywhere – the kind of collaboration that had been derailed time and time again earlier in the century», come sottolinea sempre BOK S., *ibidem*.

<sup>28</sup> CALLAHAN D.L., *The WHO Definition of Health*, in *Hastings Center Studies*, I, 3, 1973, p. 77 ss.

<sup>29</sup> È Durante a rintracciare il complesso insieme di critiche che sviluppano tale impostazione, tra le quali ILLICH I., *Nemesi medica. L'espropriazione della salute*, Milano, Mondadori, 1977, p. 13; BERLINGUER G., *Etica della salute*, Il Saggiatore, Milano, 1997, p. 19; DURANTE V., *La salute come diritto della persona*, in *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari S., Ferrando G., Mazzoni C.M. et al., in *Trattato di Biodiritto*, Rodotà S. e Zatti P., Giuffrè, Milano, 2011, p. 585.

stato di completo benessere fisico e psichico può e deve concretizzare uno scopo, un orizzonte verso cui tendere<sup>30</sup>. Nondimeno, lo stesso Callahan, trent'anni dopo il suo primo articolo sul tema, è ritornato sull'argomento allargando notevolmente i confini del proprio concetto di *salute*, definendola come «a person's experience of well-being and an integrity of body and mind, the ability to pursue his or her vital goals, and to function in ordinary social and work contexts [...] Health is no less characterized by the absence of significant pain, suffering, and harmful disease»<sup>31</sup>.

Un altro punto di riferimento nel novero delle fonti internazionali è l'art. 25 della *Universal Declaration of Human Rights* (1948), il cui primo comma riprende, pur arricchendola, il tenore della definizione fornita dalla WHO. Ad assumere una particolare rilevanza è però il secondo comma, secondo cui «[m]otherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection». Per la prima volta in un trattato internazionale maternità e infanzia vengono enucleate come temi specifici, dotati di un ruolo autonomo, per quanto chiaramente connesso, a quello della famiglia. Come si avrà modo di vedere in seguito, l'attenzione rivolta al profilo medico della maternità, e perciò alla sua peculiarità di esperienza femminile, costituirà un elemento fondamentale nella legittimazione delle pratiche di *Assisted reproductive technology* (ART). Nondimeno occorre notare l'intenzione di eliminare le discriminazioni esistenti tra bambini nati entro o fuori dal legame matrimoniale, anche se, di fatto, la maggior parte dei Paesi contraenti riusciranno in quest'operazione giuridica sono alcuni decenni dopo.

A ricondurre la maternità al tema familiare e al suo ruolo sociale, svincolandolo dal tema della salute, è stato l'*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1966), volendo garantire la più ampia protezione possibile alla famiglia «which is the natural and fundamental group unit of society». La donna sbiadisce nuovamente come soggetto di diritto, ritornando elemento *implicito* del gruppo familiare: indispensabile per la sua costituzione, ma non meritevole di attenzione specifica. Medesima impostazione si può ritrovare nell'*International Covenant on Civil and Political Rights*,

<sup>30</sup> DURANTE V., *op. cit.*, pp. 585-587.

<sup>31</sup> CALLAHAN D.L., *What Price Better Health? Hazards of the Research Imperative*, University of California Press, Berkeley, CA, 2003, p. 87.



il cui art. 23 oltre a ribadire la *naturalità* del matrimonio, sancisce il diritto a sposarsi su base consensuale, introducendo il tema della parità dei coniugi in fatto di responsabilità e diritti coniugali, ma senza riferimento ai doveri verso i figli. A ulteriore riprova di questa tesi, l'art. 12, dedicato al diritto alla salute, pur nella sua estensione esemplificativa, non contiene alcun riferimento alla salute femminile o alla maternità<sup>32</sup>.

Il diritto alla salute è stato dunque sviluppato, anche se con un'evidente soluzione di continuità, con un occhio di riguardo verso la maternità. Non dovrebbe perciò stupire come a livello internazionale, nell'arco di qualche decennio, a emergere in tutta la sua complessità sia stata la declinazione della salute come salute sessuale e riproduttiva. Non ritenendo opportuno approfondire in tale sede elementi storici, sociali e demografici, basterà constatare in quale modo la comunità internazionale si sia rivolta a tale questione.

Innanzitutto, la *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (CEDAW, 1979) ha avuto il merito di riconoscere alla donna un diritto all'eguaglianza sostanziale, prendendo come assunto di base il maggior coinvolgimento nella cura familiare, ma sottolineando come questa tendenza di natura sociale dovesse essere rivisitata. Un pari impegno da parte di uomini e donne in seno alla famiglia e alla comunità è l'obiettivo cui mira la Convenzione, sottolineando come «the role of women in procreation should not be a basis for discrimination». Ancora più apprezzabile è stato l'impegno programmatico degli Stati contraenti a modificare progressivamente il sostrato culturale e sociale per cui uomini e donne siano gerarchicamente ordinati, attraverso l'eliminazione di qualsivoglia stereotipo sui ruoli di genere. Inoltre, uno degli scopi dichiarati del trattato era «a proper understanding of maternity as a social function and the recognition of the common responsibility of men and women in the upbringing and development of their children» (art. 5 a). In questo senso quindi la maternità torna a legarsi al diritto alla salute (art. 12) e da questo momento non come mera cura perinatale di donna e bambino, ma anche nella forma di servizi legati al *family planning*.

<sup>32</sup> La perfetta aderenza dei due *Covenants* è chiaramente comprensibile, considerato che vennero approvati in seno alla medesima seduta della *UN General Assembly*.

## 2.2. Il riconoscimento della salute nella sua dimensione sessuale e riproduttiva

A completamento del nucleo storico delle fonti internazionali del diritto alla salute si trova il *Programme of Action* adottato nel corso dell'*International Conference on Population and Development*, tenutasi a Il Cairo, nel 1994. Si tratta del momento cruciale in cui la *Sexual and Reproductive Health* (SRH) ottiene un pieno riconoscimento, fondato sulla presa di coscienza di come la salute sessuale e riproduttiva di uomini e donne debba passare attraverso non solo un'istruzione del tutto eguale tra i due sessi, ma anche delle cure mediche del tutto specifiche, sartorialmente disposte a seconda dell'età dei pazienti e del loro sesso.

Il *Programme of Action* è in assoluto il primo strumento internazionale a introdurre il tema della *gender equality*, specialmente nella forma della responsabilità condivisa in fatto di scelte sessuali, riproduttive e familiari. Il testo sottolinea inoltre l'importanza di supportare la famiglia in tutte le sue molteplici forme, con specifica attenzione verso quella monoparentale. Nel paragrafo dedicatole (A), la SRH è definita sul calco della *Constitution of WHO*, vale a dire come uno stato di benessere psico-fisico completo, che vada oltre la semplice assenza di patologie e che quindi ricomprenda ogni aspetto del sistema riproduttivo, in tutti i suoi processi e le sue funzioni. Tale definizione tornerà utile nel prosieguo, quando l'analisi verterà sulle ARTs e sulla nozione di "cura" spesso travisata dagli ordinamenti nazionali. Infatti, la «reproductive health care is defined as the constellation of methods, techniques and services that contribute to reproductive health and well-being by preventing and solving reproductive health problems». Nondimeno, nelle *guidelines* approvate a margine del Programma, si legge come la «reproductive health is such an important component of general health it is a prerequisite for social, economic and human development» e per tale ragione debba essere intesa «in the context of relationships».

Il Programma adottato a Il Cairo costituisce la pietra angolare della salute riproduttiva anche perché, per la prima volta, pone come obiettivo non la costruzione di un nucleo familiare, bensì la tutela dei *reproductive goals* di uomini e donne, considerati nella loro individualità. La comunità internazionale pare dunque, almeno sul piano programmatico, distante dalle dichiarazioni contenute nei Patti del 1966 e pronta quindi a riconoscere alla donna un ruolo tutt'altro che ancillare nella pianificazione di un progetto familiare. Senza volersi addentrare nella lettera del Programma in questa sede, basti per ora

tenere a mente come alcuni degli obiettivi posti dagli (e per gli) Stati contraenti all'epoca, appaiono nitidamente non realizzati ancora oggi giorno: ineguaglianza salariale, stereotipi di genere e accesso libero ai metodi contraccettivi sono solo alcuni dei possibili esempi adducibili in questo senso. Prova ne siano gli strumenti di *soft law* internazionale adottati nel corso degli ultimi due decenni e integralmente volti al ribadire priorità già sancite, ponendo vincoli temporali di risultato mai soddisfatti<sup>33</sup>.

Infine, un rapido riferimento va rivolto ai due commenti redatti dal *Committee on Economic, Social and Cultural Rights* all'art. 12 del *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Si tratta di una forma di aggiornamento, operata in due tempi<sup>34</sup>, della lettera del trattato del 1966, che espande il portato dell'articolo a ricomprendere la salute riproduttiva con specifica attenzione a quella femminile. In particolare, sono stati enucleati in quella sede quattro principi secondo i quali declinare una buona strutturazione dei sistemi sanitari: *availability* (come quantità sufficiente di servizi in proporzione alla popolazione, nonché garanzia degli elementi necessari alla vita, quali acqua potabile e cibo), *accessibility* (con quattro dimensioni sovrapposte: *non-discrimination*, *physical accessibility*, *economic accessibility/affordability*), *information accessibility*), *acceptability* (i servizi devono rispondere a etica medica ed essere culturalmente appropriati al contesto) e *quality* (i servizi devono essere adeguati dal punto di vista medico e scientifico).

Gettate le premesse circa lo sviluppo del diritto alla salute, specialmente nella forma della salute riproduttiva, a livello internazionale, occorre volgere lo sguardo al panorama strettamente europeo, al fine di comprendere quali sfaccettature siano state introdotte nel sistema sistema e in che modo siano state recepite a livello nazionale.

<sup>33</sup> Si pensi allo *UNESCO Report 2015* (sulla funzione essenziale dell'istruzione e dell'educazione nella lotta alla disparità di genere e alla consapevolezza sessuale), alla *2030 Agenda for Sustainable Development* e al correlato *Action plan for sexual and reproductive health: towards achieving the 2030 Agenda for Sustainable Development in Europe – leaving no one behind* (sulla necessità di rendere la salute riproduttiva parte integrante dei sistemi sanitari nazionali e non appannaggio di apparati specifici e per lo più privati), allo *UN World Fertility Pattern 2015* e al più recente *Sexual health and its linkages to reproductive health: an operational approach - WHO 2017*.

<sup>34</sup> Il *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health* (Art. 12), Document E/C.12/2000/4 è stato approvato nell'agosto 2000, mentre il *General Comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)* è stato adottato nel maggio 2016.

### 2.3. Il diritto alla salute nel diritto europeo

Nella presente trattazione, l'intenzione di riferirsi genericamente al "sistema europeo" nasce dalla duplice consapevolezza, da un lato, dell'esistenza di due distinte organizzazioni internazionali (quali l'Unione Europea - UE e il Consiglio d'Europa - CoE), e, dall'altro, della decisione dell'UE a partire dal *Treaty on the European Union* (TEU), di aderire al sistema ECHR. Infatti, l'art. 6 c.3 del TEU ha sancito non solo la parità di valore legale dei Trattati europei e della *EU Charter of Fundamental Rights* (EUCFR), ma ha anche stabilito come i diritti fondamentali, nella forma in cui risultano garantiti dall'ECHR e dalle "tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri" debbano costituire dei "principi generali" per la legislazione dell'UE. Questo nuovo ruolo attribuito ai diritti fondamentali ha consentito negli ultimi anni una parziale correzione della traiettoria delle politiche UE rivolte ora più direttamente ai cittadini. In altri termini, la competenza dell'UE in alcuni settori, tra i quali quello sanitario<sup>35</sup>, sono state in parte rimodellate al fine di assumere una dimensione meno economica. Tuttavia, l'*iter* di c.d. democratizzazione delle politiche europee non può dirsi compiuto ed è per questa ragione che la partecipazione al sistema dell'ECHR risulta cruciale.

Da questo punto di vista occorre segnalare preventivamente come nel testo dell'ECHR non sia enunciato *apertis verbis* un diritto alla salute; la presenza dello stesso è invece stata ricavata invece dalla *European Court of Human Rights* (ECtHR). Trattasi di un'operazione giurisprudenziale che è andata edificandosi su due linee differenti: da un lato a partire dall'art. 3, ossia dal divieto di tor-

<sup>35</sup> La competenza in materia sanitaria dell'UE non è sempre esistita. In un primo momento, trovandosi l'allora Comunità Europea sprovvista di qualsivoglia strumento, interpretò l'art 2 TCE nella parte in cui prevedeva il "miglioramento del tenore e della qualità della vita" come comprensivo del diritto alla salute. Con il Trattato di Maastricht venne stabilito (art. 129 TCE) che la CE dovesse contribuire a "garantire un livello elevato" di salute e che la tutela della stessa fosse una "componente delle altre politiche". La piena realizzazione delle competenze sanitarie, tuttavia, avvenne solo con il Trattato di Amsterdam (art. 152 TCE) e con l'affiancamento, già ricordato, dell'EUCFR ai Trattati. *Ex multis*, *Jalloh v. Germany* e *Dvoráček v. the Czech Republic* (relativamente a interventi o trattamenti sanitari coatti); *P. and S. v. Poland* e *R.R. v. Poland* (circa il rifiuto di operare un aborto, nel primo caso su una minorenne vittima di abuso sessuale, nel secondo su una donna cui era stata comunicata una grave patologia del feto in fase avanzata di gravidanza); *V.C. v. Slovakia* (in merito a una procedura di sterilizzazione di una donna contro la sua volontà).

tura e trattamenti inumani e degradanti<sup>36</sup>, dall'altro muovendo dall'art 8, vale a dire dal rispetto della vita privata<sup>37</sup>. Il diritto alla salute ha così assunto una sembianza assolutamente poliedrica, riuscendo a ricomprendere innumerevoli tipologie di istanze e rivendicazioni. Rinviano al prosieguo per la trattazione analitica dei casi riguardanti la salute riproduttiva e le ARTs, appare utile riferirsi ancora a tre documenti basilari sul tema in questione.

Si tratta, *in primis*, della *European Social Charter* del 1961, il cui art. 11 richiama il dettato della Costituzione della WHO, nella misura in cui sancisce il diritto dell'individuo a godere del livello di salute più alto possibile. In particolare, gli Stati contraenti si sono impegnati ad agire direttamente o in cooperazione, al fine di rimuovere le fonti di morbidità, nonché di garantire istruzione ed educazione al fine di accrescere la responsabilità individuale, oltre che di prevenire malattie di natura epidemica.

*In secundis*, l'interesse all'azione collettiva sul piano europeo è stato poi ribadito dalla *EU Charter of Fundamental Rights*, attraverso la quale gli Stati membri si sono impegnati a promuovere i livelli di salute dei cittadini attraverso la definizione e l'implementazione delle politiche e delle attività europee (art 35).

Infine, posizione centrale nella materia sanitaria e in quella bioetica è occupata dalla *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, più semplicemente nota come Convenzione di Oviedo.

<sup>36</sup> *Ex multis*, *Jalloh v. Germany* e *Dvoráček v. the Czech Republic* (relativamente a interventi o trattamenti sanitari coatti); *P. and S. v. Poland* e *R.R. v. Poland* (circa il rifiuto di operare un aborto, nel primo caso su una minorenne vittima di abuso sessuale, nel secondo su una donna cui era stata comunicata una grave patologia del feto in fase avanzata di gravidanza); *V.C. v. Slovakia* (in merito a una procedura di sterilizzazione di una donna contro la sua volontà).

<sup>37</sup> *Ex multis*, *Hristozov and Others v. Bulgaria* (relativo alla possibilità di autorizzare l'uso di medicinali vietati a livello nazionale quando a richiederlo siano i pazienti, nell'esercizio del proprio diritto al rispetto della vita privata); *Durissotto v. Italy* (circa la legittimità della scelta del governo italiano di non consentire il ricorso a terapie prive di fondamento scientifico; trattasi del noto caso "Stamina"); *K.H. and Others v. Slovakia* (in merito al diritto di accesso alle proprie cartelle cliniche); *Panteleyenko v. Ukraine* e *L.L. v. France* (relativi al diritto alla privacy circa le informazioni sanitarie personali); *Kiyutin v. Russia* e *Novruk and Others v. Russia* (in merito alla discriminazione fondata su elementi sanitari); *S.J. v. Belgium* e *Paposhvili v. Belgium* (relativamente all'espulsione da uno Stato di persone malate); *Brincat and Others v. Malta* e *Vilnes and Others v. Norway* (in fatto di esposizione a rischi ambientali).

### 3. I principi cardine della bioetica nella Convenzione di Oviedo

Dall'aprile 1997 il Consiglio d'Europa si è dotato dello strumento giuridico che ancora oggi costituisce il caposaldo in materia di bioetica. La Convenzione di Oviedo costituisce un punto di approdo per gli studi bioetici iniziati nel secondo dopoguerra e intensificatisi a partire dagli anni '70, a partire dagli Stati Uniti e poi diffusi in Europa. Nel testo della Convenzione, infatti, non è arduo ritrovare quelli che vennero enucleati quali principi cardini nel discorso bioetico, vale a dire di quell'area di intersezione tra le scienze dure e il vivente, resa peculiarmente scoscesa dall'incessante progredire delle conoscenze biologiche, mediche e tecnologiche.

I principi in oggetto sono stati proposti nella loro forma compiuta da Beauchamp e Childress alla fine degli anni '70, in *Principles of Biomedical Ethics*, manuale divenuto sin dalla prima edizione il punto di riferimento primario per gli studiosi del settore<sup>38</sup>.

Si tratta innanzitutto del concetto di *autonomy*, che, per essere pienamente rispettato, richiede l'identificazione dei desideri del paziente<sup>39</sup>; l'*autonomy* corrisponde alla nozione di autodeterminazione e dunque alla possibilità per l'individuo di operare scelte consapevoli nella costruzione del proprio vissuto. La sua radice prima va indubbiamente ricercata nel basilare rispetto della persona umana, titolare del diritto di compiere le proprie scelte e sviluppare la propria personalità<sup>40</sup>. A livello medico tale concetto si traduce principalmente nel *consent* o consenso informato<sup>41</sup>, cui la Convenzione di Oviedo dedica i quattro articoli del *Chapter II*. Infatti, qualunque intervento in campo sanitario richiede che la persona coinvolta abbia dato il proprio "*free and informed consent*" e, perché ciò avvenga, è necessario che le siano state fornite adeguate informazioni circa lo scopo, la natura, le conseguenze e i rischi connessi (art 5). L'essenzialità dell'informazione ha portato un ramo del dibattito bioetico a enucleare il concetto di *authenticity* (l'idea secondo cui un

<sup>38</sup> BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F., *Principles of biomedical ethics*, Oxford University Press, New York, 6<sup>th</sup> ed., 2009.

<sup>39</sup> *Ivi*, pp. 99-100.

<sup>40</sup> GARRETT T.M. et. al, *Health Care Ethics*. Prentice Hall, Upper Saddle River, N.J., 2<sup>nd</sup> Edition, 1993.

<sup>41</sup> Ulteriori specificazioni del principio dell'*autonomy* richiedono che il personale sanitario riveli sempre la verità al paziente, rispetti la sua *privacy* e quella di eventuali terzi, protegga le informazioni confidenziali e, quando richiesto, supporti i pazienti nel processo di *decision making*. BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F., *op. cit.*, p. 104.

“*authentic desire*” possa discendere solo da una riflessione critica), suggerendo come una scelta *autentica* possa fondarsi esclusivamente su una conoscenza completa e da un’elaborazione critica della conoscenza stessa<sup>42</sup>.

Dal punto di vista della consapevolezza individuale circa l’intervento, il *Chapter III (Private life and right to information)* statuisce il diritto al rispetto per la vita privata in relazione alle informazioni concernenti la salute e il connesso diritto a poter entrare a conoscenza di qualunque aspetto riguardante la propria salute. Tuttavia, non sempre il paziente è in grado di esprimere indipendentemente la propria volontà riuscendo così a indirizzare l’attività medica. La capacità decisionale in questo senso non è perfettamente aderente al concetto di capacità giuridica, come si vedrà a breve nel caso del minore. La *competence* di un paziente richiede quindi che egli sia in grado di comprendere gli effetti di un trattamento, così come le possibili prospettive relativamente a salute, stile di vita, dettami religiosi, valori morali, legami familiari e ogni fattore che in qualsivoglia modo influisca su una decisione medica<sup>43</sup>. Nella pratica clinica è d’uopo procedere, quantomeno in un primo momento, nell’assunzione di scelte attraverso una valutazione del medico della capacità del paziente. Casi di peculiare complessità, in ogni caso, conducono inevitabilmente alla definizione della capacità del soggetto per via pretoria<sup>44</sup>. Tali ipotesi si possono ricondurre generalmente a quattro categorie: il caso di un paziente minore, il caso del paziente non capace seppur cosciente e il caso del paziente non più cosciente, che abbia o meno espresso in precedenza delle volontà. Si tratta di casi nei quali a essere carente o assente sia il profilo dell’*efficiency* (la capacità di porre *effettivamente* in essere le proprie decisioni al fine di soddisfare desideri, progetti e obiettivi) del paziente. La Convenzione di Oviedo ha così predisposto dei limiti all’intervento qualora il soggetto coinvolto non sia in grado di accordare il proprio consenso<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> JUTH N., *Genetic Information Values and Rights: The Morality of Presymptomatic Genetic Testing*, Gothenburg, Sweden: acta universitatis Gothenburgensis, 2005.

<sup>43</sup> BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F., *op.cit.*, pp. 112-117.

<sup>44</sup> SNYDER L., *American College of Physicians Ethics Manual*, in *Annals of Internal Medicine*, 2012, 156, pp. 73-104.

<sup>45</sup> Innanzitutto, quando il soggetto sia un minore, occorre valutare se la legge lo ritenga *a priori* non capace e, in quel caso, titolato ad assumere decisioni per suo conto sia un rappresentante. In ogni evenienza, «the opinion of the minor shall be taken into consideration as an increasingly determining factor in proportion to his

Ritornando ai principi dell'etica biomedica, il secondo concetto cardine è quello delle *beneficence & non-maleficence*, secondo il quale al personale sanitario si richiede di determinare il punto di vista del paziente rispetto a ciò che lo stesso reputa un bene oppure un danno, affinché il primo sia perseguito, mentre il secondo evitato. In altri termini, nella scelta medica occorre ricercare in primo luogo dei benefici positivi ed eludere i danni diretti e, solo quando i primi manchino o non siano raggiungibili, optare per la decisione che comporterà il minor male possibile. Secondo Beauchamp e Childress, il principio di *non-maleficence* si concretizza in tre regole primarie: non uccidere, non provocare un dolore inutile e non ren-

or her age and degree of maturity» (art. 6, par. 3). Tale principio di autodeterminazione del minore, sebbene *in nuce*, è la prova del mutamento di percezione dell'opinione pubblica, dei professionisti del settore sanitario e degli operatori del diritto avvenuta a partire dalla fine degli anni '80, in merito alla capacità decisionale dei più giovani. Un mutamento già riscontrabile a partire dalla *Convention on the Rights of the Child* (comunemente nota come Convenzione di New York), secondo cui «[i]n all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration» (art. 3, c.1). Come si avrà modo di vedere, la crescente sensibilità rivolta ai soggetti minori sul piano internazionale non si è comunque manifestata *sic et simpliciter* in tutti gli ordinamenti nazionali sotto la medesima forma. Non solo, perché la nozione di "*best interests*" appare molto difficilmente inquadrabile, anche se assunto a principio costituzionale in numerosi ordinamenti. Per esempio, anche se dal 2005 la *Cour de cassation* ha elevato l'*intérêt supérieur* del bambino a principio *supra-législatif*, d'altro canto l'incertezza del concetto è valsa allo stesso la qualificazione di "*formule magique*" da parte di Carbonnier. Ciononostante, il richiamo ai "*best interests*" tornerà sovente nel presente lavoro, con declinazioni differenti, dato l'ampio impiego della formula in ambito di riproduzione umana e legami di filiazione.

Qualora il paziente sia un soggetto maggiorenne, ma legalmente non capace, l'intervento di un rappresentante sarà, al pari del caso del minorenne, necessario. Tale rappresentante dovrà essere coinvolto il più possibile nel processo decisionale, che egli sia portavoce della volontà di un minore o di un adulto (art. 6, par.3-4). Nondimeno, l'autorizzazione accordata da un soggetto o dal suo rappresentante potrà essere revocata in qualunque momento, secondo i "*best interests*" del soggetto stesso (art. 6, par. 5).

Infine, quando invece il paziente non sia in grado di comunicare le proprie volontà, a rilevare saranno quelle espresse in un momento anteriore allo stato di incoscienza o di incapacità di relazione con l'esterno. L'art. 9 della Convenzione statuisce come tali indicazioni debbano essere prese in considerazione in seno al processo decisionale, pur non addentrandosi nella disposizione di norme relative al c.d. testamento biologico. Gli interessi e i desideri del soggetto malato assurgono dunque a primo canone di definizione del trattamento sanitario, declinati affinché anche gli individui non più in grado di esercitare autonomamente la propria autodeterminazione abbiano la possibilità di farlo attraverso un *proxy*.



dere incapace un individuo. Seguono poi, in base alla *beneficence*, tre regole secondarie, che traducono le precedenti in forma di prevenzione, vale a dire: prevenire l'inflizione di dolore inutile, prevenire l'uccisione e prevenire il rendere incapace un individuo<sup>46</sup>. Ciò stabilito, all'interno della Convenzione di Oviedo la *beneficence* assume in prima istanza il profilo del primato dell'essere umano, inteso come preminenza degli interessi e del benessere dell'individuo rispetto a quelli della società e della scienza (art.2). Nondimeno, nell'intersezione tra *beneficence & non-maleficence* e *autonomy* si colloca la difesa di quei soggetti che, per circostanze fattuali o per propria natura, sono ritenuti massimamente bisognosi di tutela, come nei casi dei soggetti costretti a subire un intervento in circostanze emergenziali o dei soggetti affetti da disturbi mentali<sup>47</sup>. L'ipotesi più complessa, nonché più pertinente al presente lavoro, è quella in cui a dover essere tutelato sul piano medico e della ricerca sia un'entità il cui status continua, dopo decenni, a essere discusso. Si tratta dell'embrione umano, riconosciuto nella Convenzione come soggetto di diritto. Intendendo per ora tralasciare qualunque riferimento al dibattito circa la *soggettività* dell'embrione, occorre riconoscere come la Convenzione si sia posta in un'ottica specificatamente garantista nei confronti dello stesso. L'art. 18 infatti, da un lato, richiede che sia assicurata all'embrione umano "*adequate protection*" e, dall'altro, vieta la creazione di embrioni umani a scopo di ricerca. Benché la lettera della norma non rinvii esplicitamente al principio della *beneficence & non-maleficence*, appare evidente come a muovere gli Stati contraenti nella stesura del testo sia stata la volontà di agire in senso preventivo, evitando cioè *a priori* interventi possibilmente dannosi con un generico riferimento a una "protezione idonea" e proibendo del tutto la possibilità di creare in laboratorio dei *soggetti* di diritto così bisognosi di tutela. Risultando impossibile la soluzione della diatriba circa il momento di inizio dell'esistenza umana, la Convenzione impedisce la creazione di una vita *potenziale* al solo fine di divenire oggetto del danno maggiore, ossia la morte. Autorizzare la formazione in laboratorio di embrioni umani, destinati al solo scopo della ricerca e, pertanto, destinati a morte certa, avrebbe significato riconoscere nell'embrione una forma di vivente, in termini biologici, ma non certo di vivente *umano* e delle sue relative potenzialità di sviluppo in quanto persona.

<sup>46</sup> BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F., *op.cit.*, pp. 198-199.

<sup>47</sup> La Convenzione nel primo caso stabilisce che l'azione medica debba essere condotta senza indugio "*for the benefit*" del paziente (art. 8), mentre nel secondo che il trattamento sia performato anche senza il consenso espresso del soggetto (art. 7).

Volgendo nuovamente l'attenzione ai principi enucleati da Beauchamp e Childress, l'ultimo concetto chiave del discorso bioetico appare quello di *justice*, secondo cui è necessario che il corpo medico osservi un "*due process*" per stabilire dei giusti limiti in ambito sanitario, limiti che risultino *generalmente* accettati. Tale principio conosce un corollario di tipo redistributivo: i beni e i servizi sanitari devono infatti essere distribuiti in maniera equa, acciò che nessun individuo risulti escluso e dunque discriminato<sup>48</sup>.

In questo senso la Convenzione di Oviedo ha disposto due norme essenziali per la ricerca scientifica e l'attività clinica. In primo luogo ha statuito come scopo e obiettivo che gli Stati contraenti si impegnino a «protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine» (art. 1). La Convenzione si pone così immediatamente al centro del discorso bioetico internazionale riaffermando come limite estremo quello della dignità umana, vale a dire del valore fondamentale di ciascun individuo nella sua integralità. Un limite assolutamente *giusto* e generale, in grado di conformare l'operato medico a prescindere dai confini nazionali. Lo spettro degli orrori perpetrati nel corso del secondo conflitto mondiale aleggia in tutto il suo peso all'interno dei laboratori e delle corsie d'ospedale. Perciò la Convenzione ribadisce ancora come qualsiasi ricerca scientifica in campo biologico o medico debba svolgersi garantendo la protezione dell'essere umano (art. 15). Nondimeno, per scongiurare l'eventualità che all'orrore dell'annullamento dell'individuo, come conosciuto nei campi di sterminio, si sostituisca la sua mercificazione, l'art. 21 sancisce il divieto di rendere il corpo umano (o alcune delle sue parti) oggetto di lucro.

Come si è già avuto modo di notare, pur costituendo la Convenzione di Oviedo le fondamenta del sistema giuridico in tema di bioetica, la ricezione dei principi in essa contenuti non è stata né omogenea, né integrale negli ordinamenti nazionali.

### 3.1 Il diritto alla salute nell'ordinamento italiano

Riprendendo quanto scritto in merito alle radici storiche del diritto alla salute, pertanto circa la trasformazione dello stesso da questione di ordine pubblico a posizione giuridica individuale,

<sup>48</sup> BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F., *op.cit.*, pp. 242-243.

Ferrara chiarisce perfettamente come la stesura della Costituzione italiana e, in particolare, del suo art. 32 abbiano costituito al contempo un punto di approdo e uno di partenza<sup>49</sup>. Tale norma ha infatti, da un lato, definitivamente sancito la preminenza della dimensione individuale e, dall'altro, costituito la base per il dibattito circa la natura del diritto alla salute. L'introduzione di simile norma nello scritto costituzionale ha segnato anche il passaggio da un modello di Stato liberale a quello di Stato sociale, dell'abbandono cioè del concetto smithiano di "*laissez faire*" per l'approdo all'idea secondo cui lo Stato debba intervenire pro-attivamente a rendere sostanziale l'uguaglianza tra i cittadini. In primo luogo, il dibattito sulla qualificazione del diritto alla salute<sup>50</sup> ha visto prevalere, per un lungo lasso di tempo, le voci a favore della natura meramente programmatica dell'art. 32, che avrebbe impegnato *lato sensu* lo Stato sul fronte del progresso della ricerca e della scienza. Effettivamente, in sede di lavori dell'Assemblea Costituente, l'art. 32 (originariamente art. 26) non venne subito valorizzato. La Prima sottocommissione (Diritti e doveri del cittadino) non tributò infatti uno spazio di rilievo al diritto alla salute, mentre emersero opinioni radicalmente contrarie alla sua introduzione<sup>51</sup>. La prima stesura dell'art. 26, contenuto negli Atti dell'Assemblea Costituente (Seduta 23-24 aprile 1947) avrebbe stabilito, al primo comma, che la Repubblica tutelasse la salute, promuovendo al contempo l'igiene e garantendo le cure gratuite agli indigenti. Il secondo comma, invece, avrebbe risposto pienamente all'esigenza di confinare in un passato non più accessibile gli orrori perpetrati nei campi di concentramento nazisti, stabilendo perciò come nessun trattamento sanitario potesse dirsi obbligatorio, se non quando disposto per legge e vietando qualunque pratica sanitaria lesiva della dignità umana. Il testo dell'originario art. 26 ricevette

<sup>49</sup> FERRARA R., *L'ordinamento della sanità*, p. 46.

<sup>50</sup> Come nota Durante, a lungo in Italia il dibattito ha riguardato che cosa si intendesse per *diritto* alla salute e non per *salute* in sé. La nozione di salute, infatti, ha attirato l'attenzione di dottrina e giurisprudenza solo dalla seconda metà degli anni '80. DURANTE V., *La salute come diritto della persona*, in *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari S., Ferrando G., Mazzoni C.M. et al., in *Trattato di Biodiritto*, Rodotà S., Zatti P. (dir.), Giuffrè, Milano, 2011, p. 584.

<sup>51</sup> Tra i tanti, Francesco Saverio Nitti riteneva che una simile previsione avrebbe costituito una «cambiale a vuoto» da «emettere a nome della Repubblica». Le sue dichiarazioni, oltre che negli atti dell'Assemblea Costituente, sono riportate da SIMONCINI A., LONGO A., *Commento all'art. 32 della Costituzione*, in BIFULCO A., CELOTTO R., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla costituzione*, I, UTET Giuridica, Torino, 2006, p. 656.

numerosi emendamenti, tra i quali spiccano le proposte di introduzione di commi precipuamente dedicati al rapporto medico-paziente (nozione mai inserita in quanto reputata appartenente alla sfera privata e, più in particolare, ai rapporti tra privati)<sup>52</sup>, al «miglioramento della stirpe umana»<sup>53</sup>, nonché al *dovere* alla salute<sup>54</sup>. Il c.d. gruppo parlamentare medico, al quale si possono ricondurre le proposte testé menzionate, fu indiscutibilmente molto attivo e il suo contributo condusse all'inaugurazione del dibattito, mai completamente esaurito, sulla natura del diritto alla salute tra diritto di libertà e diritto sociale<sup>55</sup>. Attualmente è tuttavia indiscutibile il profilo precettivo della norma, che riconosce in capo al cittadino una posizione giuridica specifica da vantare nei confronti dello Stato, ossia la tutela del bene-salute in quanto condizione preliminare dello sviluppo della personalità umana<sup>56</sup>.

Invero la dottrina si è divisa per anni nel tentativo di stabilire se tale diritto potesse o meno risultare “comprimibile” e “affievolirsi” al rango di interesse legittimo<sup>57</sup>. Senza voler addentrarsi in analisi di natura squisitamente amministrativa, si può in sintesi affermare come, da tempo, l'art. 32 Cost. venga costantemente riconnesso in via pretoria all'art. 2 Cost., riconoscendo quindi al diritto alla salute la qualità di diritto inviolabile dell'uomo<sup>58</sup>. Certamente occorre riconoscere la poliedricità di tale posizione giuridica, collocata al crocevia tra l'esigenza primaria di un soggetto a un completo stato di benessere (per altro generalmente riconosciuto come condizione

<sup>52</sup> Proposta dell'On. Caronia, per conto del c.d. gruppo dei medici presso la Costituente.

<sup>53</sup> Proposta dell'On. Meringhi, respinta evidentemente sulla base del principio di uguaglianza.

<sup>54</sup> Art. 26, Progetto dell'Assemblea Costituente, Atti dell'Assemblea Costituente, Seduta del 23-24 aprile 1947. Negli anni '80 è riemersa una simile idea, come ricordava PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, pp. 50 ss.

<sup>55</sup> Sul tema: ALPA G., *Diritto «alla salute»*, in *Nov. Digesto It.*, Appendice, VI, 1986, p. 913 ss.; PERLINGIERI P., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 3 ss.; SANTOSUOSSO A., *Dalla salute pubblica all'autodeterminazione: il percorso del diritto alla salute*, in BARNI A., SANTOSUOSSO A. (a cura di), *Medicina e diritto*, Milano, 1995, pp. 95 ss.

<sup>56</sup> SACCO R., *Art. 32 della costituzione italiana: diritto alla salute - come sono state realizzate e continuano a realizzarsi le riforme nella sanità*, su *Centro Studi diritto sanitario*, [dirittosanitario.net](http://dirittosanitario.net).

<sup>57</sup> *Ivi*, p. 53.

<sup>58</sup> A far corso dalla Cass. n. 1436/1979, il diritto alla salute viene compreso tra quei diritti connotati da un'assoluta inviolabilità a causa del loro rango costituzionale. La teoria che comprende il diritto alla salute tra i diritti non affievolibili è la teoria c.d. massimalista.

preliminare all'esercizio di una complessa serie di libertà) e il dovere da parte di un insieme di apparati pubblici di fornire beni e servizi<sup>59</sup>. La questione relativa alla natura *incomprimibile* del diritto alla salute rimane dunque aperta, specialmente considerato come il Legislatore, con l'introduzione del codice di rito amministrativo, abbia esteso sensibilmente il numero di materie soggette alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>60</sup>.

Ciò che deve essere chiarito è come il punto nodale della questione, come si avrà modo di vedere, esuli totalmente dal profilo economico, vale a dire delle effettive risorse delle quali lo Stato può disporre in un dato momento. Trattasi invece di vagliare i giudizi di valore attribuiti a determinati trattamenti medici e come tali giudizi possano o meno risultare legittimi rispetto al diritto soggettivo al più completo stato di benessere psichico e fisico. Da questo punto di vista, anche la legge istitutiva del Sistema sanitario nazionale (SSN) richiama la lettera dell'art. 32 Cost., introducendo inoltre le nozioni di dignità e di libertà della persona umana<sup>61</sup>.

Infine, sul tema della dignità e della correlata libertà individuale, occorre ricordare come la necessità di tutelare questi due profili fosse già insista nel primo progetto di art. 32 (originario art. 26), al fine di scongiurare il ripetersi di situazioni analoghe alla diffusa e scellerata sperimentazione condotta sugli esseri umani nei campi nazisti<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> FERRARA R., *L'ordinamento della sanità*, p. 55.

<sup>60</sup> Il Consiglio di Stato ha di recente assunto due posizioni differenti: in un primo momento ha dichiarato ormai tramontata la teoria della degradazione e il relativo concetto di diritti incomprimibile e ha adottato, invece, la teoria del bilanciamento, secondo cui anche i diritti fondamentali risulterebbero, laddove il Legislatore ne attribuisca il relativo potere alla pubblica amministrazione, bilanciabili rispetto ad altri interessi collettivi. In un secondo momento il Consiglio di Stato ha tuttavia recuperato il concetto di diritto non affievolibile e affermato il proprio difetto di giurisdizione a favore del giudice ordinario.

<sup>61</sup> Art. 1 della l. 23 dicembre 1978 n. 883.

<sup>62</sup> Ne è la prova l'intervento dell'On. Giua (Partito Socialista Italiano di Unità Proletaria, Commissione per la Costituzione e Terza sottocommissione) durante la seduta del 17 aprile 1947 in merito al Titolo secondo della Parte prima del progetto di Costituzione: «Rapporti etico-sociali». L'intervento in questione, pur proponendo solo le 'pratiche abortive' come esempio, richiama chiaramente le condotte dei medici dei campi: «L'articolo 26 nel secondo comma fa divieto alle pratiche sanitarie lesive della dignità umana. E questo è in relazione con la vostra concezione, ed è in relazione anche con una concezione che ha trovato pieno sviluppo negli Stati autoritari, il fascista in Italia, il nazista in Germania, circa le pratiche abortive. Io non difendo le pratiche abortive». Si veda *Appendici del Titolo II della Parte prima Discussione generale*, nascitacostituzione.it, consultato il 10 aprile 2018.

### 3.2. La ricezione della Convenzione di Oviedo in Italia

Le nozioni di dignità e libertà umana sono presenti nell'ordinamento italiano sia a livello costituzionale, sia di fonti primarie. Tra queste ultime spicca in particolare la legge 28 marzo 2001 n. 145, cioè la legge di ratifica della Convenzione di Oviedo. A dispetto di ciò che sarebbe lecito immaginare, l'Italia a oggi non ha ancora depositato il protocollo di ratifica della Convenzione. L'ambiguità della situazione si manifesta nitidamente e apre senza indugi al tema della difficoltà italiana di integrare le questioni bioetiche in seno al dibattito tanto pubblico, quanto specificatamente politico e legislativo.

La mancata ratifica del documento, tuttavia, non impedisce di ritrovare nell'ordinamento tracce dei medesimi principi fondamentali che connotano la Convenzione. Innanzitutto, riferendosi all'*autonomy* e al concetto di consenso informato, già all'interno della Costituzione era previsto come nessun soggetto possa essere coercizzato a subire un trattamento sanitario «se non per disposizione di legge» (art. 32, c.2 Cost). Ineluttabile è il notare come non solo il “consenso informato” sia declinato in forma negativa, ossia come divieto di imporre un trattamento piuttosto che come diritto di potersi autodeterminare, ma anche come la tutela della libertà del cittadini in questo settore sia garantita da una riserva di legge rinforzata. Il punto di equilibrio raggiunto dai padri costituenti nel 1948 era senza dubbio avanzato per l'epoca, ma oggi giorno non appare del tutto soddisfacente<sup>63</sup>. Ciò si rivela ancora più vero se si considera come un trattamento medico applicato in assenza del consenso del

<sup>63</sup> Nasce, come ricordato in più occasioni, dalla volontà dei Costituenti di scongiurare il ripetersi delle pratiche di sperimentazione umana ed eugenetiche dei campi nazisti, come ricorda, tra gli altri, BIANCA M., *Le decisioni di fine vita*, Quaderni della «Rivista del Notariato», Giuffrè, Milano, 2011, p. 39. Certamente, l'art 32, così come molti analoghi presenti in altri ordinamenti occidentali è riconducibile al c.d. Codice di Norimberga, cioè al dispositivo della sentenza che condannò i medici nazisti responsabili degli esperimenti nei campi, come sottolineano FRANCESCHI H., ORTIZ M. A., *Discrezione di giudizio e capacità di assumere: la formulazione del canone 1095*, Giuffrè, Milano, 2013, p.63. Per ciò che concerne la storia del Codice di Norimberga, si vd. WEINDLING P.J., *Nazi Medicine and the Nuremberg Trials: From Medical War Crimes to Informed Consent*, Palgrave Macmillan, London, 2005. Concordi sul punto anche FERRANDO G., *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Politica del diritto*, a. XLIII, n. 1, marzo 2012; MALLARDI V., *Le origini del consenso informato*, in *Acta Otorhinolaryngol. Ital.*, 25, 2005, pp. 312-327. Secondo alcuni il secondo comma dell'art 32 funziona anche, attraverso un'interpretazione estensiva, allo scopo di tutelare la libertà di coscienza e fede religiosa, come sostiene CRISAFULLI V., *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 562.

paziente non costituisca reato, ma esclusivamente fondamento per un risarcimento dei danni da parte del professionista sanitario e della sua struttura di riferimento, a causa del vizio del consenso e dell'inadempimento contrattuale, a prescindere dalla correttezza con cui il trattamento medesimo è stato posto in essere e dal suo buon esito<sup>64</sup>.

Inoltre, sempre relativamente all'art. 32 c.2 e, nello specifico, al rapporto tra individuo e collettività, i trattamenti sanitari obbligatori sono legittimabili in virtù del fatto che i beni giuridici protetti siano, da un lato, la salute individuale e, dall'altro, l'interesse della collettività. Secondo la Corte Costituzionale, infatti, l'obbligatorietà dal trattamento non è volta «solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale». Inoltre, porre dei limiti alla libertà come «autodeterminazione» è considerato legittimo anche qualora il trattamento «incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato», a condizione che le conseguenze «per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario»<sup>65</sup>. Quando invece le prestazioni sanitarie obbligatorie eccedano la tollerabilità, allora si crea un conflitto la cui liceità, secondo la Corte Costituzionale, è fondata sul «perseguimento dell'interesse alla salute della collettività, attraverso trattamenti sanitari, come le vaccinazioni obbligatorie, [che] pregiudichi il diritto individuale alla salute, quando tali trattamenti comportino, per la salute di quanti ad essi devono sottostare, conseguenze indesiderate, pregiudizievoli oltre il limite del normalmente tollerabile» a condizione che vi sia il «necessario rispetto della persona umana e [...] con l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte a evitare il rischio di complicità»<sup>66</sup>. In ogni caso, il singolo non può, secondo la Corte, essere chiamato al sacrificio incondizionato rispetto alla comunità, dato che «la coesistenza tra la dimensione individuale e quella collettiva della disciplina costituzionale della salute nonché il dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo, impongono che si predisponga, per quanti abbiano ricevuto un danno alla salute dall'aver ottemperato all'obbligo del trattamento sanitario, una spe-

<sup>64</sup> In questo senso si vedano Cass. 3604/82; Cass.12195/98 e Cass. 9617/99.

<sup>65</sup> Corte cost. del 14 giugno 1990, n. 307.

<sup>66</sup> Corte cost. del 15 aprile 1996, n. 118.

cifica misura di sostegno consistente in un equo ristoro del danno»<sup>67</sup>. Nondimeno, in uno spazio compreso tra la *beneficence* e la *justice*, si collocano, da un lato, il divieto posto dalla Costituzione al Legislatore di «violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (art. 32, c.2 Cost) e, dall'altro, l'obbligo per lo Stato di garantire «garantisce cure gratuite agli indigenti» (art. 32, c.1 Cost).

A riprova dell'assenza, nell'ordinamento italiano, di ulteriori parametri di riferimento in campo bioetico, per esempio per quel che riguarda il consenso informato, è sufficiente notare come, storicamente, a determinare la decisione del paziente minore era la «potestà» medica, che lo privava integralmente di voce in capitolo. A partire dai primi anni 2000 la situazione è andata sì mutando, ma in un processo integralmente guidato da dottrina e giurisprudenza. Si è infatti andato attuando prima il c.d. principio dell'ascolto del minore e, successivamente una reale capacità autodeterminativa al minore<sup>68</sup>, che a tutt'oggi rimane però non codificata.

Come si avrà modo di approfondire, i principi della Convenzione sono poi frammentariamente individuabili in alcune leggi dedicate a specifici trattamenti o interventi, come la legge 19 febbraio 2004 n. 40 in merito alla procreazione medicamente assistita.

### 3.3. Il diritto alla salute nell'ordinamento francese

La domanda da porsi rimane la medesima, ma cambia il campo di ricerca: quale spazio occupa il diritto alla salute nell'ordinamento francese? Ebbene, il fondamento costituzionale del diritto risale al *Préambule* della *Constitution* del 27 ottobre 1946, laddove è statuito che lo Stato assicuri a ciascun individuo e alla sua famiglia « *les conditions nécessaires à leur développement* » (alinéa 10) e, più in particolare, garantisca « *à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* » (alinéa 11)<sup>69</sup>.

In via preliminare è necessario sottolineare come la materia sanitaria in Francia conosca una sistematica codificazione; il *Code de la*

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> Si veda in questo senso per il profilo storico TURRI G.C., *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Questione giustizia*, 3, 2000, e per gli sviluppi più recenti CORDIANO A., *Dal principio dell'ascolto all'autodeterminazione dispositiva del minore: il consenso informato in pediatria*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012.

<sup>69</sup> Un'ulteriore menzione della salute nella Costituzione francese appare in un testo incorporato con la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005, ossia la *Charte de*



*Santé Publique* (CSP), infatti, raccoglie sin dai primi anni '50 l'integralità della legislazione in ambito medico e bioetico. In questo senso, l'epoca delle *lois de bioéthique*, inaugurata con le prime tre leggi nel 1994, ha consentito un costante aggiornamento della materia, considerato come ciascuna delle suddette leggi preveda un termine di revisione di cinque o sette anni. Ciascuna di esse, a seguito della promulgazione, viene integrata nel CSP, andando così a costituire un sistema organico e completo. Nondimeno, affinché al di là della completezza si possa garantire anche la democraticità e la qualità scientifica delle norme in oggetto, la *loi bioéthique 2011* ha precisato come ogni progetto di riforma che interroghi le questioni etiche e sociali sollevate dal progresso in fatto di biologia, medicina e salute debba essere anticipato da un dibattito pubblico nella forma di stati generali della bioetica. Responsabile della loro organizzazione è il *Comité consultatif national d'éthique* (CCNE), che indirizza i lavori a seguito della consultazione delle commissioni parlamentari competenti e dell'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* (Opesct). Gli stati generali debbono egualmente essere previsti ogni cinque anni, qualora non sia in discussione un progetto di riforma<sup>70</sup>. Tale sistema di regolare aggiornamento è cruciale, vista e considerata la natura del diritto alla salute, caratterizzato da un'incessante mutevolezza e dall'essere elemento determinante rispetto ai temi dell'eguaglianza e della non-discriminazione<sup>71</sup>.

Ritornando alla radice costituzionale del diritto alla salute, la Costituzione francese, così come quella italiana, manca del tutto di una definizione del concetto di salute. Per questa ragione la dottrina d'oltralpe ha ritenuto per decenni che il disposto dell'*alinéa 11* rivestisse un ruolo meramente programmatico e che i costituenti francesi, così come quelli italiani, a metà degli anni '40 non intendessero istituire un diritto soggettivo in questo senso. Il *Conseil constitutionnel* ha così intrapreso un *iter* di "*rénonciation*" articolato in

*L'environnement de 2004* il cui primo articolo stabilisce che «chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé».

<sup>70</sup> Per maggiori dettagli sul processo di convocazione e lavoro degli stati generali della bioetica si rinvia alla loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, article L1412-1-1, come modificato dalla loi n°2016-87 du 2 février 2016 - art. 12.

<sup>71</sup> Ciò è vero tanto per l'ordinamento italiano come ricorda Ferrara quando si riferisce alla "permanente provvisorietà" del diritto sanitario nonché al c.d. paradosso dell'eterno riformatore (FERRARA R., *L'ordinamento della sanità*, p. 5), tanto per quello francese come sottolinea FABERON F., *Constitutions et Santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, numéro hors-série, juin 2013, RDSS 2014 p. 589.

diverse pronunce, tra loro non sempre concordanti<sup>72</sup>. Il *Conseil* ha infatti preventivamente definito la tutela della salute come “principio di valore costituzionale”<sup>73</sup>, per poi dichiararlo un “obiettivo costituzionale”<sup>74</sup> e successivamente un’ “esigenza costituzionale”<sup>75</sup>. Evidentemente la mancanza di una netta indicazione di che cosa si intenda come salute ha reso alquanto tormentato il percorso giurisprudenziale, il quale, nondimeno, è approdato in ultima istanza a ritenere la salute un “valore costituzionale”<sup>76</sup>. Tale *excursus* testimonia un dato ben preciso: «Il n'existe pas constitutionnellement de «droit à la santé». Il s'agit là d'une formule elliptique qui occulte un aspect formel essentiel: sur le plan constitutionnel, la santé est appréhendée exclusivement sous l'angle de sa protection»<sup>77</sup>. Perciò la lettura della norma del Préambule può essere interpretata allo stesso tempo in due modi. Il primo prevede l'azione da parte dello Stato, l'impegno dello stesso verso i singoli individui che compongono la società, in quanto la posizione giuridica creata dall'*alinéa 11*, benché non si possa definire come diritto soggettivo, assume una forma innegabilmente individuale. Il secondo, invece, riguarda la dimensione collettiva della salute, il suo profilo di bene comune meritevole di tutela nella forma di restrizioni o limitazioni di alcune libertà individuali<sup>78</sup>.

Tuttavia, il *Conseil constitutionnel* non si è mai espresso in merito alla natura di diritto fondamentale del diritto alla salute, che è stato invece così consacrato da una legge ordinaria, integrata al CSP<sup>79</sup>. L'art. L. 1110-1 CSP stabilisce infatti come «le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en oeuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne», anche se il *Conseil* non ha modificato la propria impostazione di tipo prudenziale in materia. Attualmente l'ordinamento costituzionale francese riconosce dunque al diritto alla salute una forma limitata alla sua

<sup>72</sup> EGÉA P., *Les formes constitutionnelles de la santé*, in *Constitutions et Santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, numéro hors-série, juin 2013, pp. 31-44.

<sup>73</sup> Cons. const., décision n° 74-54 DC du 15 janv. 1975, IVG, Rec., p. 19; décision n° 77-92 DC du 18 janv. 1978, Contre-visite médicale, Rec., p. 21.

<sup>74</sup> Cons. const., décision n° 89-269 DC du 22 janv. 1990, *Egalité entre Français et étrangers*, Rec., p. 33; AJDA 1990.

<sup>75</sup> Cons. const., décision n° 2002-463 DC du 12 sept. 2002, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003*, Rec., p. 540.

<sup>76</sup> Cons. const., décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, *Accès aux origines personnelles*, Rec., p. 270.

<sup>77</sup> EGÉA P., *op. cit.*, p. 42.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> Si tratta della loi n° 203 du 4 mars 2002.

tutela, escludendo quei profili secondari che tendono invece a farsi spazio a livello di fonti gerarchicamente inferiori. Trattasi della sempre più rapida emersione di problematiche relative alle biotecnologie e alla sperimentazione sul vivente, che esercitano una presa sempre più robusta sul tema della salute e che appaiono arduamente inquadrabile in uno schema di mera *difesa* della stessa<sup>80</sup>.

### 3.4. La Convenzione di Oviedo nell'ordinamento francese

Dal punto di vista della ricezione della Convenzione di Oviedo, la ratifica della stessa In Francia è avvenuta in seno alla *loi bioéthique* del 2011 ed è entrata in vigore l'anno successivo. Per quanto essenziale ad arricchire il panorama giuridico di tutela della salute e di regolamentazione delle scienze mediche, occorre segnalare come i principi cardine della Convenzione fossero già rintracciabili nell'ordinamento d'oltralpe prima della ratifica del documento. Il CSP, infatti, all'art. L 1110-2 sanciva come «la personne malade a droit au respect de sa dignité»; il carattere lapidario della norma non lascia spazio ad alcuna possibilità di deroga o declinazione parziale della nozione di dignità, collocandola all'interno del *Chapitre préliminaire : Droits de la personne* del codice.

Diversa collocazione è stata attribuita invece al principio del consenso informato, la cui componente di diritto del paziente all'informazione completa e dettagliata sul proprio stato di salute è minuziosamente regolata. L'informazione non riguarda esclusivamente gli accertamenti proposti dal personale sanitario, ma anche la loro utilità, l'eventuale urgenza e ogni conseguenza o rischio connesso alla loro espletazione. Nondimeno è necessario che l'informazione sia costantemente aggiornata a seconda dell'evolversi del quadro clinico e sempre nel contesto del rapporto individuale tra medico e paziente. Interessante notare come tra le diverse ipotesi il CSP annoveri anche la possibilità che un paziente scelga di rimanere nell'ignoranza del proprio status di salute e come, in tal caso, il personale sanitario debba rispettare tale scelta, salvo che essa ponga un terzo a rischio di trasmissione della patologia (art. L 1111-2). Ancora, il paziente ha diritto a conoscere anticipatamente i costi delle cure che dovrà fronteggiare (art. L 1111-3) e, in caso sorga un contenzioso giudiziario, l'onere della prova circa l'avvenuta informazione del paziente graverà sul medico curante (art. L 1111-2). Al momento delle dimissioni

<sup>80</sup> EGÉA P., *op. cit.*, p. 43.

da parte della struttura sanitaria curante, il paziente deve pertanto ottenere una copia integrale della cartella clinica, comprensiva tanto dell'aspetto clinico, quanto di quello fiscale (L 1111-3-1). La specificazione del diritto all'informazione continua nel CSP in numerose norme (artt. L 1111-3-2 - L 1111-7), dando conto di quale peso sia riconosciuto a questa componente del diritto alla salute nell'ordinamento francese, che ospita in sede di legislazione primaria tutti i profili trattati soltanto a livello regolamentare nell'ordinamento italiano.

Per ciò che concerne propriamente il concetto di consenso informato, e il principio di autodeterminazione, la norma di riferimento è l'art. L 1111-4, che sancisce la libertà di ciascun individuo di assumere decisioni in merito alla propria salute, tenuto conto delle conoscenze a sua disposizione. In questo senso è esplicitamente istituito il diritto di rifiutare o non ricevere un trattamento, al quale corrisponde l'obbligo del medico di rispettare la volontà espressa, previa messa in guardia circa le possibili conseguenze legate a tale decisione. Per quanto non immediatamente legato al tema del presente lavoro, appare rilevante da parte di chi scrive sottolineare come l'art. L 1111-4 imponga al medico curante di «sauvegarde[r] la dignité du mourant et assure[r] la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs», riconoscendo quindi la peculiare vulnerabilità del paziente morente. In ogni caso, «aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment».

Tra le norme dedicate all'informazione spiccano indiscutibilmente quelle dedicate alla nozione di “*éducation thérapeutique du patient*” (ETP), enucleata dal Legislatore francese al fine di integrare quanto più possibile il soggetto malato nel percorso decisionale che lo riguarda<sup>81</sup>. Infatti, «elle a pour objectif de rendre le patient plus autonome en facilitant son adhésion aux traitements prescrits et en améliorant sa qualité de vie», pur non divenendo mai opponibile al

<sup>81</sup> Il concetto di ETP è stato elaborato in primo luogo dalla WHO: «Therapeutic Patient Education managed by health care providers trained in the education of patients, and designed to enable a patient (or a group of patients and families) to manage the treatment of their condition and prevent avoidable complications, while maintaining or improving quality of life. Its principal purpose is to produce a therapeutic effect additional to that of all other interventions (pharmacological, physical therapy, etc.)». Si veda per un approfondimento sul tema: WHO REGIONAL OFFICE FOR EUROPE, *Therapeutic Patient Education. Continuing Education Programmes for Health Care Providers in the Field of Prevention of Chronic Diseases*, Rev. 2, 1998.

paziente stesso. In questo senso, invero, la competenza professionale e lo specifico *intuitus personae* del medico non possono essere in alcun modo pretermesse rispetto alla valutazione della sua responsabilità. Semplicemente, da questo punto di vista, il soggetto malato conosce nell'ordinamento francese una tutela integrale di stampo non paternalistico<sup>82</sup>.

Relativamente al concetto di *justice*, si deve richiamare da un lato l'*alinéa 11 - Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* dall'altro il *Chapitre préliminaire* del CSP. Il primo riferimento riguarda il dovere da parte dello Stato di garantire la salute a tutti i cittadini e dei «*moyens convenables d'existence*» a chi non sia in grado di lavorare. Il secondo riferimento, invece, attiene all'obbligo da parte dello Stato di garantire generalmente la migliore *sécurité sanitaire* possibile (art- L. 1110-1), senza alcuna forma di discriminazione (art. L. 1110-3).

Risulta dunque evidente come il Legislatore francese abbia saputo, quanto meno a livello sistemico, recepire e declinare dettagliatamente i tre principi cardine del discorso bioetico, specialmente rispetto all'*autonomy* (nella forma dell'informazione del paziente e della sua piena autodeterminazione), alla *beneficence* e alla *non-maleficence* (rispetto alla minuziosa regolazione del fine vita). Definito il quadro d'insieme entro cui si colloca il diritto alla salute nei due ordinamenti considerati, lo sguardo deve spostarsi verso una forma specifica di salute: la salute riproduttiva.

<sup>82</sup> A dimostrazione di quanto affermato, basti considerare lo spazio riservato all'autodeterminazione del paziente minore. La *Loi n° 2004-806 du 9 Août 2004* ha infatti introdotto una norma particolarmente articolata ed estesa che, in sintesi, non solo impedisce di ignorare il rifiuto o la revoca dell'accettazione di un trattamento da parte del minore, ma che impone una severa attività di informazione nei suoi confronti, costruita *ad hoc* in base all'età e alle competenze cognitive del soggetto relativamente a un dato trattamento sanitario (art. L1122-2). A seguito di un recente intervento legislativo, anche l'art L 1111-4, dedicato al consenso informato in generale, contiene un *alinéa* secondo cui «le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision».



## CAPITOLO II

### La Procreazione Medicalmente Assistita come *cura* per la salute riproduttiva

#### 1. Un profilo di salute specifico: la salute riproduttiva

Come si è avuto modo di chiarire in precedenza, il presente lavoro si fonda, tra le altre, sulla definizione di *salute* enucleato a livello di fonti internazionali. Richiamando dunque il concetto di «stato di benessere fisico e psichico completo», ci si può domandare come esso si realizzi nel campo della riproduzione umana. In ambito medico internazionale la risposta è formulata in chiave negativa, vale a dire indicando che cosa si intenda per *infertilità* umana<sup>1</sup>. Tale nozione combina una componente quantitativa (almeno un anno di tentativi di concepimento attraverso rapporti sessuali regolari e non-protetti) e una qualitativa (il raggiungimento effettivo di uno stato di gravidanza accertato in sede clinica)<sup>2</sup>. Da ciò discende una prima considerazione: in ambito medico, sul piano teorico, viene istituita una relazione tra il paziente e una *manca*za. Si definisce ciò che non vi è, ciò che è assente e si cerca di porre in essere, di realizzare. La comunità scientifica è concorde su quali siano gli elementi che rendendo questa

<sup>1</sup> Recenti stime attestano al 7% il tasso di infertilità maschile nella popolazione mondiale, come riportano KRAUSZ C., RIERA-ESCAMILLA A., *Genetics of male infertility*, in *Nature Reviews Urology*, Urology, 2018, 5<sup>th</sup> April. Per quanto concerne l'infertilità femminile, invece, si tratta del 2% per l'infertilità primaria e il 10,5% di quella secondaria, si vd. HODIN S., *The Burden of Infertility: Global Prevalence and Women's Voices from Around the World*, in *Maternal Health Task Force*, 18 January 2017, mhft.org, consultato il 18 novembre 2018.

<sup>2</sup> ZEGERS-HOCHSCHILD F., ADAMSON G. D., DE MODZON J. et al., *Infertility (clinical definition)*, in *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology*, 2009, in *Fertility and Sterility*, 2009, Vol. 92, No. 5. Confermato anche in ZEGERS-HOCHSCHILD F., ADAMSON G.D., DYER S. et al., *The International Glossary on Infertility and Fertility Care*, 2017, in *Fertil. Steril.*, 2017, 108(3).

manca di patologia, quali siano quindi i limiti oltre i quali si possa parlare di un'assenza e annoverarla quale disfunzionamento dell'organismo. Al contrario, ogni definizione di ciò che sia la *fertilità* umana è stata abbandonata, rivelandosi tutte, per un aspetto piuttosto che per un altro, incomplete. Per comprendere tale difficoltà è utile concentrarsi sulla componente quantitativa, o temporale, della nozione di *infertilità*. Infatti, il riferimento a "un anno" di tentativi è solo parzialmente giustificato da una ragione di tipo organico, dato che decenni di attività di laboratorio hanno senza dubbio corroborato la convinzione per cui lo standard dei dodici mesi costituisca un lasso di tempo statisticamente utile a ottenere un concepimento. Tuttavia, questo limite ha una natura per lo più convenzionale: costituisce infatti il lasso di tempo stimato idoneo a introdurre nell'ambiente clinico i soggetti interessati, non solo allo scopo di indagare l'eziologia organica, ma soprattutto di fornire un supporto psicologico, la cui rilevanza nel settore è ormai diffusamente riconosciuta<sup>3</sup>. In altri termini, la comunità scientifica riconosce la problematicità legata a un'assenza, alla necessità di intervenire per rimediare, nonché all'importanza di contestualizzarla nella sua eziologia in un segmento temporale relativamente breve.

Dunque, se è vero che l'attenzione medica è rivolta a quest'assenza e che di essa si sa dire quando possa venire catalogata come patologica, è altrettanto vero che non si sappia definire compiutamente la *presenza* e il relativo status fisiologico. Può essere la fertilità, come l'intuito suggerirebbe, la generica "capacità di concepire"? Certamente sì, ma ciò non basta a soddisfare l'afflato definitorio, in quanto servirebbe escludere che a essa si giunga grazie al contributo medico e così facendo si tratterebbe di aprire immediatamente la porta all'antica questione di ciò che sia *natura/fisiologia* e di ciò che invece sia *cultura/artificio*. Nondimeno, la definizione finirebbe con l'incorrere nel rischio di divenire circolare: «la fertilità umana è quello status fisiologico che coincide con la capacità di concepire senza l'intervento medico o farmacologico». Chiaramente, a essere fisiologico è tutto ciò che non è patologico e, laddove intervenga la medicina, la fisiologia è già compromessa.

Invero, a suscitare più interesse in chi scrive non è tanto la solvibilità dell'enigma definitorio, quanto la sua stessa esistenza. Non vi è dubbio che una definizione del concetto di *fertilità*, per quanto artico-

<sup>3</sup> Per un ricco approfondimento sul tema, si veda CHOW K.-M., CHEUNG M.-C., CHEUNG I.K., *Psychosocial interventions for infertile couples: a critical review*, in *Journal of Clinical Nursing*, 2016, 25, pp. 2101-2113.



lata e complessa, sarebbe formulabile in ambito scientifico, ma l'implicita volontà di non giungervi dimostra ancor una volta quanto più importante sia la relazione con la *manca*za. Perché un soggetto aderisce a un piano di cura per l'infertilità? Che cosa spinge una coppia a intraprendere un cammino di indagini, diagnosi e terapie? Nient'altro che il *desiderio* di riprodursi, il desiderio di generare un altro individuo. Precipuamente, il *desiderio* nella forma di un «doppio rapporto col nulla», come proposto da Volli<sup>4</sup>. Si tratta infatti del rapporto, da un lato, con una *manca*za e, dall'altro, con il *progetto* grazie al quale poterla rendere *presenza*. L'*assenza* è quella di un figlio, il *progetto* è quello familiare. Tra i due elementi si insinua la patologia, nella forma di un disfunzionamento organico e di una sofferenza psichica. Due forme che, insieme, compongono la nozione di *salute* che si è assunta in principio. Infatti è «indubbio che la sterilità sovente fonte di una profonda sofferenza psicologica, il cui sollievo rientra, a pieno titolo, tra i compiti di una medicina, negli ultimi decenni, ripensata nei suoi presupposti e nei suoi obiettivi. Se vi sono buone ragioni per considerare la procreazione assistita una terapia [...] appare però meritevole di considerazione anche il rilievo che l'insistenza sul carattere strettamente terapeutico di tale pratica può risultare (pregiudizialmente) funzionale alla limitazione del ricorso alle tecniche disponibili, privando di giustificazione il loro utilizzo nei casi in cui a farvi ricorso sono soggetti per i quali ostacoli alla procreazione non sono frapposti da patologie che incidono sulla capacità riproduttiva, ma da altre condizioni, quali, per esempio, l'essere portatori di malattie genetiche trasmissive, oppure dall'assenza di un partner o dall'orientamento omosessuale»<sup>5</sup>. Sulla declinazione della nozione di *salute* rispetto alla PMA, nelle sue varie forme, si avrà modo di tornare più diffusamente.

In ogni caso, la salute riproduttiva è dunque incentrata su un «doppio rapporto con il nulla», su una forma di desiderio precipua rispetto alla salute genericamente intesa, in quanto, oggetto ultimo della cura, è la portata alla luce di un nuovo individuo. Certamente ogni paziente, affetto da qualsivoglia patologia, sperimenta l'ardente fiamma del *desiderio* come *assenza* di una routine, di esecuzione di attività banali e affronta la cura come *progetto* per ristorare la propria salute. Soltanto un paziente affetto da infertilità, tuttavia, struttura il

<sup>4</sup> VOLLI U., *Le figure del desiderio*, disponibile su [academia.edu](http://academia.edu), 2002, p. 8.

<sup>5</sup> BORSELLINO P., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2018, p. 317.

proprio percorso di cura in vista della nascita di un nuovo individuo. In questo senso, si può proporre allora una lettura estrema del concetto di desiderio, a partire nuovamente dal pensiero di Volli: «desiderare è aspirare a un nulla, portare nell'essere ciò che ne è escluso»<sup>6</sup>. Se ciò che è escluso dall'essere è un individuo, forse, nell'affrontare il desiderio di genitorialità, non si sta analizzando altro che una delle forme di desiderio più alte e più complesse. Ciò potrebbe risultare particolarmente vero se si accettasse poi di pensare il desiderio come «un'esigenza parziale di compiutezza, di integrazione»<sup>7</sup> e si considerasse come l'incompiutezza principale è quella che chiunque sperimenta nella propria corporalità. Nondimeno, tale riflessione non intende condurre alla conclusione per cui sia *fisiologico* percepire una *manca*za, o, in altri termini, che il desiderio di genitorialità sia del tutto universale e diffuso, ma che, laddove sorga, la sua gestione risulti foriera di conseguenze psichiche, fisiche e sociali del tutto scardinanti.

Infine, occorre tenere a mente come in Europa a soffrire di infertilità siano circa 25 milioni di persone, come ha sottolineato la rete di associazioni di pazienti e professionisti *Fertility Europe*, in occasione della *European Fertility Week 2018*<sup>8</sup>. Nella medesima circostanza *Fertility Europe* ha lanciato una *call to action* in merito al diritto a *provare* ad avere un bambino (e non un diritto *al* bambino) in Europa, alla garanzia di un accesso eguale, giusto e sicuro ai trattamenti di cura dell'infertilità, allo stanziamento di fondi pubblici per gli stessi trattamenti, nonché nell'impegno del settore pubblico nel fornire una migliore informazione in merito alla fertilità e all'infertilità, specialmente veicolando una campagna di comunicazione volta a sradicare lo stigma associato all'infertilità<sup>9</sup>.

### 1.1. *L'aspetto classificatorio delle cure per la salute riproduttiva*

Muovendo i primi passi nel vasto settore della salute riproduttiva, occorre sottolineare come non solo i mezzi di comunicazione di massa, ma anche il mondo accademico sconti spesso il prezzo di una confusione lessicale dovuta in parte alla globalizzazione del tema e del dibattito e in parte a una poca chiarezza concettuale di base.

<sup>6</sup> VOLLI U., *op. cit.*, p. 20.

<sup>7</sup> *Ivi*, p. 18.

<sup>8</sup> FERTILITY EUROPE, *Time for a European game-changing movement on infertility. Call to Action*, November 2018, [fertilityeurope.eu](http://fertilityeurope.eu), visitato il 15 novembre 2018.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

Si discute spesso senza alcuna distinzione di “fecondazione assistita”, “procreazione medicalmente assistita”, “fecondazione artificiale”, “procreazione artificiale” e numerose altre locuzioni più o meno attinenti. Ciascuna di queste formule tradisce un’origine legata a un determinato contesto, sia esso religioso (*pro*-creare, la creazione di Dio *attraverso* l’uomo), filosofico (fecondazione *artificiale* perché contrapposta a una *naturale*) o storico (fecondazione *assistita* in quanto realizzata grazie al *lume* di un medico, alla sua specifica competenza scientifica). Ora, pur non condividendo l’impostazione alla base dell’etimo della *pro*-creazione, per una ragione squisitamente pragmatica nel presente lavoro la locuzione “procreazione medicalmente assistita” (PMA) verrà utilizzata al fine di indicare quello specifico settore di trattamenti per l’infertilità cui il lavoro stesso si riferisce. La ragione pragmatica si fonda nella constatazione dell’uso assolutamente invalso della locuzione tanto nel dibattito italiano, quanto in quello francese (dove chiaramente si parla di AMP, in quanto “*assistance médicale à la procréation*”). Un uso del tutto corroborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Costituendo un punto di incontro così chiaro, appare pertanto proficuo farvi perno al fine di rendere quanto più chiara possibile l’analisi.

Innanzitutto la PMA include procedure di natura chirurgica, farmacologica, ormonale e genericamente medica adottate nel trattamento dei gameti maschili (spermatozoi) e femminili (ovociti) al fine di consentire il procedimento riproduttivo. Tali tecniche possono realizzarsi mediante procedimenti detti *in vivo* (inseminazione intrauterina semplice - IUI), in quanto il seme maschile viene introdotto nella cavità uterina in seguito al monitoraggio dell’ovulazione femminile<sup>10</sup>. Diversamente, simili protocolli possono essere implementati *in vitro* (*in vitro fertilisation* - IVF o fecondazione *in vitro* con *embryo transfer* - FIVET) con un procedimento più complesso che prevede il prelievo chirurgico dei gameti femminili (la cui produzione viene precedentemente stimolata con farmaci)<sup>11</sup>, i quali, una volta inseminati e

<sup>10</sup> Trattasi in sintesi di favorire l’incontro spontaneo dei gameti, basandosi su ciclo spontaneo oppure stimolando per via farmacologica l’ovulazione. Tale tecnica risulta più efficiente qualora la paziente sia affetta da difetti strutturali o funzionali della cervice uterina oppure nei casi in cui la cervice stessa presenti del tessuto cicatriziale. Allo stesso modo, l’IUI costituisce una soluzione efficace se l’uomo evidenzia una conta spermica bassa, una ridotta motilità, una disfunzione erettile o, ancora, soffra di eiaculazione retrograda.

<sup>11</sup> In particolare, al fine di stimolare la maturazione di più di un ovocita per volta, la paziente riceve un trattamento farmacologico ad hoc. Il trattamento farmacologico ha una durata che varia da 8 a 14 giorni; durante tale trattamento la maturazione dei

fecondati in laboratorio con il seme del partner, danno vita a un embrione<sup>12</sup>. In seguito all'*incipit* di sviluppo<sup>13</sup>, l'embrione è poi *trasferito* nell'utero materno. Questo passaggio riveste un ruolo fondamentale da un punto di vista analitico: non è raro leggere contributi nei quali si tratta di *impianto* dell'embrione riferendosi all'attività medica del passaggio dal vetrino di laboratorio all'utero della donna, ingenerando così una notevole confusione circa la *chance* di successo delle tecniche di PMA. L'*impianto* dell'embrione coincide invece con il momento in cui esso *attecchisce* all'utero dando luogo a un debutto di gravidanza. È perciò vero che ogni *impianto* derivi da un *trasferimento*, ma è altrettanto indubbio che non a ogni *trasferimento* corrisponda un *impianto*.

Dal punto di vista classificatorio, le tecniche di PMA si dividono non solo tra *in vivo* e *in vitro*, ma anche in *omologhe* (quando sia i gameti maschili che quelli femminili appartengano alla coppia) ed *eterologhe* (quando invece i gameti di uno dei due sessi provengano non dal partner, ma da un soggetto esterno alla coppia, oppure ci si riferisca a un soggetto surrogato).

La fecondazione *omologa* risulta una soluzione adeguata nei casi nei quali l'infertilità si presenta per la donna nella forma *endocrino-ovulatoria* (qualora le ovaie non producano ovociti in modo regolare, per esempio a causa della presenza di cisti ovariche), di una forma non grave di endometriosi (trattasi, sinteticamente, della presenza di tes-

gameti è monitorata costantemente per individuare con precisione il momento in cui la dimensione dei follicoli ovarici e i livelli di estrogeni siano tali da consentire l'iniezione del dosaggio di gonadotropina corionica (hCG) utile a produrre l'ovulazione. Il prelievo avviene di solito tra le 34 e le 36 ore successive all'avvenuta maturazione.

<sup>12</sup> La formazione dell'embrione può avvenire spontaneamente dall'incontro degli ovociti maturi con il seme maschile oppure, se lo stato di salute degli spermatozoi lo richiede, attraverso un ulteriore intervento esterno. Infatti, qualora il numero di spermatozoi o la loro motilità non siano sufficienti, si rende necessario iniettare un singolo spermatozoo nel citoplasma dell'ovocita (iniezione intracitoplasmatica di un singolo spermatozoo - ICSI). L'embrione si forma nell'arco delle 6-7 ore successive al momento dalla fecondazione dell'ovocita da parte dello spermatozoo.

<sup>13</sup> In un primo momento si osserva la formazione di cellule sempre più piccole (a volume inalterato dell'embrione) dette blastomeri. Quando il numero di questi ultimi si attesta tra gli 8 e i 16, si è raggiunto lo stadio della morula, a partire dal quale le cellule iniziano a specializzarsi. A seguire, la morula al 4°/5° giorno si trasforma in blastocisti, il cui margine esterno (trofoblasto) andrà a costituire corion e placenta. Infine, al 5°/6° giorno avviene la differenziazione tra embrione e annessi placentari a mezzo della rottura del guscio della blastocisti medesima. Tale "schiusa" determina il momento di trasferimento dell'embrione nell'utero della paziente, dato che la stessa in natura avviene proprio nell'utero e un suo verificarsi *in vitro* comporta la morte dell'embrione.

suto *organicamente* simile a quello del rivestimento dell'utero, ma collocamento al di fuori di esso) o di un'alterazione parziale della pervietà e della funzionalità delle tube ovariche. Per l'uomo, invece, nel caso in cui la funzionalità spermatica sia alterata in modo non integrale ma tale da rendere impossibile il concepimento a mezzo di un rapporto sessuale<sup>14</sup>.

La fecondazione *eterologa* come ricorso a un donatore di seme, in particolare, risulta preferibile quando il paziente produca spermatozoi caratterizzati da una bassa conta o sia portatore di malattie genetiche. Per ciò che concerne il ricorso a una donatrice di ovociti, invece, la necessità può insorgere non solo quando sia la paziente a essere portatrice di una malattia genetica o per la sua bassa qualità ovocitaria, ma anche l'insufficienza ovarica primaria (POI), l'agenesia ovarica, l'ovariectomia, un trattamento chemioterapico o radioterapico.

A livello internazionale, tuttavia, le tecniche di PMA sono classificate esclusivamente in base alla loro operabilità *in vivo* o meno; infatti, rispondono al nome di *Assisted reproductive technology* (ART) esclusivamente le tecniche realizzate *in vitro*<sup>15</sup>. La distinzione in base alla presenza di un donatore o di una donatrice di gameti rileva sì al fine legale, ma nella maggior parte delle legislazioni nazionali non assume una specifica terminologia di contrapposizione, così come avviene in Italia, dove l'utilizzo dei termini *omologa* ed *eterologa* è invece corrente.

Appare necessario quanto doveroso, al termine di questa prima disamina, chiarire come il vocabolario medico inerente alla fertilità umana stia andando aggiornandosi e ampliandosi, come l'*Internatio-*

<sup>14</sup> Nel 2016 in Italia per il 38.3% delle coppie trattate con una fecondazione *omologa* le cause dell'infertilità sono rimaste ignote (c.d. infertilità *idiopatica*), mentre per il 19.8% l'infertilità era di natura endocrino-ovulatoria e per il 17.2% connessa a un malfunzionamento spermatico. Nel 12.4% dei casi hanno concorso tanto il fattore femminile, quanto maschile. Il 3.9% dei casi ha riguardato un fattore tubarico *parziale*, il 3.3% l'insorgenza dell'endometriosi e il 5% è stato ricondotto ad *altre* cause. Cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, *Relazione annuale del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 Febbraio 2004, n. 40)*, Roma, 28 giugno 2018.

<sup>15</sup> *Assisted reproductive technology* (ART): «all treatments or procedures that include the in vitro handling of both human oocytes and sperm or of embryos for the purpose of establishing a pregnancy. This includes, but is not limited to, in vitro fertilization and embryo transfer, gamete intrafallopian transfer, zygote intrafallopian transfer, tubal embryo transfer, gamete and embryo cryopreservation, oocyte and embryo donation, and gestational surrogacy. ART does not include assisted insemination (artificial insemination) using sperm from either a woman's partner or a sperm donor». ZEGERS-HOCHSCHILD F., ADAMSON G. D., DE MODZON J. *et al.*, *op. cit.*, 2009.

*nal Committee for Monitoring Assisted Reproductive (ICMART)* ha evidenziato: Il glossario redatto dall'ente contava nel 2006 soli 53 termini, divenuti 87 nel 2009 e 283 nel 2017. La lingua tradisce dunque inequivocabilmente l'espandersi non solo delle tipologie di tecniche, ma anche l'estendersi della richiesta delle stessa da parte della società.

Al di là del dato quantitativo, occorre tenere conto di come alcuni termini invalsi nell'uso, e impiegati anche nel presente lavoro al fine di garantire una maggiore fruibilità dello stesso, stiano gradualmente subendo un processo di sostituzione. Il concetto stesso di infertilità, in precedenza legato a un profilo schiettamente clinico sta ora attraversando una fase evolutiva e l'ICMART annovera come “*infertility*” anche l' «impairment of a person's capacity to reproduce either as an individual or with his/her partner», venendo meno la necessità di una diagnosi e assumendo valore la semplice constatazione di un'inabilità. Infine, anche il tradizionale termine “*Preimplantation genetic diagnosis*” (PGD), riferito alle tecniche con le quali è possibile testare un embrione prima del suo trasferimento in utero, nel vocabolario di settore è stato declinato a seconda dell'oggetto di analisi. Il nuovo lemma è il “*Preimplantation genetic testing*” (PGT) riferito all'aneuploidia (PGT-A, ossia i casi nei quali si verifichi una variazione al normale numero di cromosomi in una cellula), a disordini monofattoriali o monogenici (PGT-M, vale a dire i casi nei quali il difetto sia riconducibile a un unico gene) oppure a (PGT-SR, quando si faccia riferimento ad alterazioni cromosomiche strutturali)<sup>16</sup>. La lingua della medicina della riproduzione e delle discipline contigue è dunque in evoluzione, andando a comprendere anche un profilo *sociale* di infertilità, come si avrà modo di vedere.

## 2. *La fecondazione in vitro come paradigma delle tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita*

Abitualmente, trattando di PMA, il riferimento corre alle tecniche di fecondazione *in vitro*. Nell'immaginario collettivo, infatti, l'intervento medico a favore della fertilità si presenta sempre come fecondazione dell'ovocita in laboratorio. In realtà non tutte le patologie che

<sup>16</sup> ZEGERS-HOCHSCHILD F., ADAMSON G.D., DYER S. *et al.*, *The International Glossary on Infertility and Fertility Care*, 2017, in *Fertil. Steril.*, Sep. 2017, 108(3), pp. 393-406.

affliggono la fertilità richiedono una fecondazione *in vitro* (FIV o IVF, nella formula inglese). Tuttavia, non appare infondata l'obiezione secondo cui simile distorsione (l'idea per cui qualsiasi PMA si traduca in un'IVF) deriverebbe da «une surmédicalisation de l'assistente à la procréation avec des sur-diagnostics. Avant qu'un couple soit accepté en FIV, on [les médecins] pratique beaucoup d'examen qui coûtent très cher [...] de tout façon, cela finira par une FIV, avec ICSI autant que possible. [...] Au bout du compte, un tiers des fécondations in vitro réalisées en France n'ont pas d'indication médicale»<sup>17</sup>.

Tuttavia appare necessario dedicare alcune righe di approfondimento a tali tecniche. *In primis* serve osservare come la prima realizzazione di successo di un'IVF con trasferimento dell'embrione (da cui la dicitura FIVET nel lessico medico italiano) sia stata pubblicata per la prima volta nel 1891. Autore dell'operazione, lo zoologo ed embriologo Walter Heape, che aveva ripreso gli esperimenti in ambito veterinario dell'abate italiano Lazzaro Spallanzani<sup>18</sup>. Quest'ultimo, alla fine del '700, fu il primo a ideare degli esperimenti di fecondazione artificiale sugli animali; in particolare il protocollo prevedeva la raccolta di un campione di seme fosse iniettato in un momento diverso dall'accoppiamento<sup>19</sup>. Tale scelta operativa, vale a dire la separazione tra momento di incontro sessuale (con produzione del seme) e momento di impiego del seme stesso, aveva stabilito una netta cesura tra sessualità e riproduzione. Tornando al primo trasferimento di embrione, è bene ricordare come Heape non avesse conseguito alcun titolo di laurea e, nonostante ciò, gli sia stato riconosciuto il merito di aver descritto sistematicamente il ciclo riproduttivo. Inoltre Heape fu il primo a comprendere come l'attenzione in ambito riproduttivo andasse rivolta al sistema endocrino, pur non ricevendo un'immediata condivisione dell'ipotesi da parte del mondo scientifico<sup>20</sup>. All'inizio degli anni '30 del XX secolo, presso l'Università di Harvard, un assistente alla cattedra di biologia, Gregory Pincus, portò a termine degli

<sup>17</sup> TESTART J., *Procréation: quelles limites à la technique?*, Colloque: *Ni objet, ni robot, simplement humain*, Charleroi, 24 mars 2017.

<sup>18</sup> Gli esperimenti erano stati condotti su esemplari di coniglio di sesso femminile a un altro. Si vd. HEAPE W., *Preliminary note on the transplantation and growth of mammalian ova within a uterine foster mother*, in *Proc Roy Soc London*, 48, 1891, pp. 457-459.

<sup>19</sup> Si veda BETTA E., *L'altra genesi*, Carocci editore, Roma, 2012, pp. 26 ss.

<sup>20</sup> BIGGERS J.D., RACOWSKY C., *A Brief Outline of the History of Human In-Vitro Fertilization*, in KOVACS G., BRINSDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, 2018, pp. 1-2.

studi sui processi di *attivazione* in laboratorio degli ovociti dei conigli. Portando alle estreme conseguenze il lavoro del biologo, il noto giornalista scientifico W.L. Lawrence sostenne come fosse «reasonable that eventually women capable of having children whose health does not permit them to do so may ‘hire’ other women to bear their children for them, children actually their own flesh and blood»<sup>21</sup>. L’eco della congettura, e il conseguente biasimo morale, costò a Pincus un anno sabbatico, più o meno coercizzato, all’Università di Cambridge. Nel periodo immediatamente successivo il professor John Rock della *Medical School* di Harvard perseverò negli esperimenti di fecondazione degli ovociti *in vitro*, arrivando a ovviare a forme di infertilità ritenute non trattabili. Le condanne morali all’impiego della scienza e della tecnologia non mancarono di certo, ma ciò non impedì a Landrum Shettles, medico della Columbia University di New York, di pubblicare i risultati della prima fecondazione *in vitro* di ovociti umani nel 1954<sup>22</sup>. Infine, tra il 1964 e il 1971, il biologo britannico Sir Robert Geoffrey Edwards pubblicò insieme al suo team tre dei quattro *paper* che costituirono l’inquadramento di decenni di tentativi (maturazione *in vitro* degli ovociti umani, fecondazione *in vitro* e prima differenziazione cellulare della cellula uovo fecondata, metodo di prelievo laparoscopico degli ovociti). Il quarto *paper*, pubblicato nel 1978, riportò la nascita, avvenuta il 25 luglio dello stesso anno, della prima bambina concepita *in vitro*, Louise Brown, grazie agli sforzi congiunti di Edwards e del suo collega, il ginecologo Patrick Steptoe<sup>23</sup>. Il primo bambino concepito *in vitro*, Alastair Macdonald, venne alla luce il 14 gennaio 1979<sup>24</sup>. Da quel momento in poi, la medicina riproduttiva iniziò a diffondersi contrastando le più aspre critiche circa l’immoralità delle procedure, legata all’intervento tecnologico là dove solo la natura era ritenuta legittimata ad agire<sup>25</sup>. Louise

<sup>21</sup> LAWRENCE W.L., *op-ed*, in *The New York Times*, 1936 in IGGERS J.D., RACOWSKY C., *A Brief Outline of the History of Human In-Vitro Fertilization*, in KOVACS G., BRINDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, 2018, p. 2.

<sup>22</sup> *Ivi*, pp. 3-4.

<sup>23</sup> STEPTOE P.C., EDWARDS R.G., *Birth after the preimplantation of a human embryo*, in *Lancet*, 2, 1978, p. 366.

<sup>24</sup> BRINDEN P. R., *The Story of Patrick Steptoe, Robert Edwards, Jean Purdy, and Bourn Hall Clinics*, in KOVACS G., BRINDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, 2018, p. 30.

<sup>25</sup> Per una rapida storia dell’IVF a partire dalla nascita di Louise Brown, cfr. N.N., *From biology to embryology. 40 years in the IVF lab*, in *Focus on Reproduction - ESHRE journal*, January 2018.



Brown, diventata Louise Mullinder dopo il matrimonio, ha oggi 40 anni e due figli concepiti naturalmente<sup>26</sup>, a discapito dell'ipotesi diffusa, talvolta ancora oggi, che un individuo concepito *in vitro* debba presentare a sua volta patologie legate alla fertilità. Edwards si dedicò quindi a un'ampia opera di docenza accademica, tra l'Europa e gli Stati Uniti, per diffondere il portato delle sue scoperte. Nel 1978, invitato alla *French Fertility Society*, ebbe modo di incontrare René Frydman, pioniere dell'IVF in Francia, dove, grazie al contributo suo e a quello del professor Jacques Testart, il 24 febbraio 1982 nacque Amandine, prima bambina concepita *in vitro* in Francia (presso l'Hôpital Antoine-Béclère di Clamart). Ad Amandine seguì in poco tempo Alexia e, conseguentemente, fu istituito un comitato deputato a deliberare sui principi etici che avrebbero dovuto guidare l'IVF<sup>27</sup>.

Nel frattempo in Italia, nel 1982, il professor Cittadini dopo un periodo di lunga formazione a Melbourne, fece ritorno a Palermo dove finanziò personalmente l'acquisto della strumentazione necessaria a procedere all'IVF. Il 18 maggio 1984 nacque Eleonora Zacccheddu, alla quale la diocesi negò per diverse settimane il sacramento del battesimo, ritenendo immorale il modo in cui era stata concepita<sup>28</sup>.

Rispetto a questi primi risultati ottenuti in diversi Paesi europei, così come in Australia e negli Stati Uniti, l'avanzamento delle tecnologie e della scienza permette oggi di intendere l'IVF come una pratica di routine. Procedura facilitata dall'implementazione delle tecniche di vitrificazione, vale a dire di immersione nell'azoto liquido a -196° C dei gameti e degli embrioni per prevenirne il decadimento qualitativo. Le tecniche di PMA rimangono comunque varie e, nel riferirsi a essa, si sottintenderà come a seconda delle patologie la fecondazione dell'ovocita possa avvenire all'interno del grembo materno o in un laboratorio.

<sup>26</sup> BRINDEN P. R., *op. cit.*, p. 35.

<sup>27</sup> FRYDMAN R.F., *The Development of In-Vitro Fertilization in France*, in KOVACS G., BRINDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, 2018, pp. 102-103.

<sup>28</sup> GIANAROLI L., SGARGI S., MAGLI M.C. *et al.*, *The Development of In-Vitro Fertilization in Italy*, in KOVACS G., BRINDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, 2018, p. 104.

### 3. *Le tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita in Italia e in Francia tra critiche morali, gender bias e stigma sociale*

Logicamente, il mero fatto che il connubio tra scienza e tecnica abbia reso possibile simili procedure non rende le stesse automaticamente accettabili (e accettate) sul piano etico e su quello legale. Resta dunque da indagare quali di queste pratiche siano consentite e come siano conseguentemente regolate tanto in Italia, quanto in Francia, affinché possa emergere un quadro sufficientemente chiaro del trattamento riservato alla salute riproduttiva nei due ordinamenti.

In sede preliminare occorre evidenziare come, allo stato attuale, l'ordinamento italiano risulti pressoché sprovvisto di una normativa organica in materia di PMA. Come si avrà infatti modo di osservare, la Legge 19 febbraio 2004, n. 40<sup>29</sup>, a fronte di molteplici e consistenti interventi giurisprudenziali da parte della Corte costituzionale, appare ampiamente de-strutturata. Simile smantellamento è stato possibile in quanto «[l]a legge 40 [costituisce] un esempio perfetto di un diritto imposto e ingiustificabile, rispetto al quale i cittadini devono difendersi rivolgendosi ai tribunali, come vedremo, per far valere quanto spetterebbe loro “di diritto”»<sup>30</sup>. Pertanto, all'indomani dell'entrata in vigore della Legge 40, venne proposto un referendum con quattro quesiti distinti, volti ad abrogare i divieti di ricerca sugli embrioni, di ricorso al dono di gameti, nonché i limiti posti all'accesso alla tecnica. Il referendum, proposto e promosso dai Radicali Italiani e dall'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica, non raggiunse tuttavia il quorum<sup>31</sup>. Inoltre, nel corso degli ultimi anni le fonti secondarie in materia sono andate moltiplicandosi, creando una considerevole disorganicità. Al contrario in Francia le *lois de bioéthique*, come in parte è già stato rimarcato, vengono progressivamente e tempestivamente integrate nel CSP, lasciando sì spazio al dibattito sulla loro emendabilità, ma non sulla loro certezza.

<sup>29</sup> Da qui in avanti, semplicemente Legge 40.

<sup>30</sup> GALLO F., LALLI C., *Il legislatore cieco. I paradossi della legge 40 sulla fecondazione assistita*, Editori Internazionali Riuniti, Lavis-Trento, 2012, p. 12.

<sup>31</sup> Il 12 e 23 giugno 2005, infatti, andarono a votare solo il 25,5% degli aventi diritto al voto. Dei votanti, l'88% ha votato a favore della rimozione di tutti i divieti tranne a quello di fecondazione eterologa. A favore del dono di gameti si è espresso il 77,4% dei votanti. MAGISTER S., *Come l'Italia ha votato il 12 giugno. Chi ha perso e perché*, in *Chiesa Espressonline*, 24 giugno 2005, [repubblica.it](http://repubblica.it), consultato il 16 giugno 2018.

In entrambi i Paesi, le tecniche di PMA sono state (e sono tuttora) oggetto di critiche tanto sul piano morale, quanto su quello giuridico. Rispetto al secondo profilo, l'analisi del diritto positivo condurrà a considerarne la portata. Per ciò che invece attiene alle critiche morali, la *ratio* delle stesse si fonda sull'*artificialità* della PMA o, ancora meglio, sulla sua *innaturalità*. L'appello alla natura funge in questo caso da criterio dirimente rispetto alla moralità della pratica, considerando la natura non il luogo principe dello sviluppo di relazioni di causalità, ma come referente ultimo e certo di valori e principi moralmente legittimi. Non solo, perché tale accezione della *natura* si unisce a una «concezione finalistica, mai definitivamente tramontata, secondo la quale la vita degli esseri umani fa parte di un disegno che agli individui non riserva altra “scelta” se non quella di seguire le strade già tracciate, conformandosi a modelli “naturali” di sessualità, di famiglia e, più in generale, di vita»<sup>32</sup>. In tal modo «si stigmatizzano, in particolare, le diverse forme di fecondazione eterologa, considerate lesive della stabilità della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio o, quanto meno, su una stabile unione eterosessuale, e fonte di possibili danni fisici e psicologici per il nascituro, ma si estende la riprovazione a ogni ipotesi di dissociazione tra procreazione e sessualità, considerandola sempre e comunque foriera di disordine morale»<sup>33</sup>.

La difficoltà comprendere a pieno il portato delle tecniche di PMA non deve però provocare stupore o scoramento. Invero la riproduzione, in un lasso temporale inferiore a cinquant'anni, ha subito due cesure eclatanti. Cesure che si sono collocate al centro di un sistema simbolico secolare, la cui erosione non è questione di poco conto. Infatti da un lato la diffusione dei contraccettivi orali presso la donna ha segnato una prima frattura tra sessualità e riproduzione, pur non mettendo in discussione la *necessarietà* della prima per giungere alla seconda. Dall'altro lato l'invenzione delle tecniche di PMA ha costretto a ripensare integralmente la riproduzione, scindendola dalla sua base sessuale e dalla sua causa strettamente volontaristica. Se *non avere* un figlio, grazie alla pillola, è infatti una *scelta*, lo stesso non si può dire del ricorso alla PMA. Infatti «[l]a diagnosi di sterilità è il primo passaggio traumatico che la coppia deve affrontare, il primo fallimento rispetto a un progetto, a un desiderio profondamente radicato come modo di realizzarsi, che non ha luogo»<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> BORSELLINO P., *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2018, p. 321.

<sup>33</sup> *Ivi*, pp. 321-322.

<sup>34</sup> MARION P., *Il disagio del desiderio. Sessualità e procreazione nel tempo delle biotecnologie*, Donzelli editore, Roma, 2017, p. 100.

Un desiderio arduo da esaudire che si colloca al centro non solo del rapporto di coppia, ma anche dello spazio che la coppia occupa rispetto alla propria comunità di riferimento, più o meno estesa. In tal senso emerge un dato culturale tanto nocivo, quanto di arduo sradicamento: la comprensione della separazione del dato sessuale da quello riproduttivo. In altri termini all'incapacità fisica di generare un figlio viene abitualmente associata un'incapacità *sessuale*, specialmente per quanto concerne l'uomo. Quest'ultimo tende a vivere l'infertilità e la sterilità come *vulnera* alla propria sessualità, complice il radicamento nell'immaginario sociale e simbolico dell'associazione della riproduzione alla sessualità. Paradossalmente, tuttavia, se emancipare sul piano intellettuale la riproduzione dalla sua componente sessuale appare così complesso, lo stesso non si può sostenere dell'operazione inversa. Vale a dire che la sessualità, ai giorni nostri, è stata integralmente spogliata del suo dato riproduttivo, grazie alla disponibilità di diversi mezzi contraccettivi. Infatti, «[i]l sesso, liberato dalle conseguenze riproduttive [...] può essere tranquillamente racchiuso nella cornice di un episodio: non lascia solchi profondi»<sup>35</sup>. Ciononostante, la riproduzione non riesce a compiere nell'immaginario collettivo lo stesso processo. In tal modo le società occidentali, ma non solo, nutrono il tabù dell'infertilità, dal quale stilla inevitabilmente una stigmatizzazione molto complessa da sradicare.

La donna, invece, per un analogo pregiudizio sociale tende subire pressioni che rendono un autentico fallimento *esistenziale* l'infertilità: d'altronde è pensiero ancora diffuso come una donna, per essere tale, debba necessariamente essere *madre*. Simili concezioni hanno prodotto e continuano ad alimentare un ulteriore e fortissimo *stigma* sociale, che comporta la difficoltà di veicolare un'efficace comunicazione sul tema dell'infertilità. La dimostrazione di quanto incidano sulla riflessione in merito alla PMA gli stereotipi e i *bias* di genere è constatabile dal fatto che «[p]er secoli la scienza [abbia] ignorato il possibile ruolo del maschio dell'infertilità. Ha sempre dato per scontato, ingiustamente, che fosse colpa della donna, ma grazie a questo oggi sappiamo molto di più sulle cause dell'infertilità femminile e abbiamo trovato diversi modi per curarla. L'infertilità maschile, invece, è rimasto un mistero poco studiato. Di recente un gruppo di esperti ha parlato di "ignoranza andrologica". È un fenomeno preoccupante perché sembra che da qualche decennio il numero di spermatozoi stia diminuendo in modo costante e significativo. I problemi che derivano da questo calo, però, sono così strettamente ai luoghi

<sup>35</sup> BAUMAN Z., *Gli usi postmoderni del sesso*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 60.

comuni sui ruoli e sull'identità di genere, che non si fa niente per risolverli»<sup>36</sup>. Apparentemente questa severa attenzione verso la salute riproduttiva della donna potrebbe apparire positiva, non si dovesse considerare la confusione che si genera inevitabilmente tra il piano fattuale e quello *morale*. Infatti la donna che soffra di infertilità può vedersi colpevolizzata per la propria condizione, percependosi come *disfunzionale* rispetto a un preteso ruolo naturale. Disfunzionale e dunque impossibilitata a raggiungere una propria realizzazione al di fuori di una maternità. L'attualità politica e sociale ci restituisce uno scenario dove la più che nota affermazione di Simone de Beauvoir, «[o]n ne naît pas femme: on le devient», sembrerebbe tanto essenziale quanto rivoluzionaria<sup>37</sup>.

Le tecniche di PMA si collocano dunque al complesso crocevia tra alcune delle tematiche di più difficile definizione, tra i quali il contrasto tra *natura* e *artificio*, l'identificazione della *donna* con la figura della *madre*, la confusione tra l'elemento *sessuale* e quello *riproduttivo* e il vincolo posto al legame di *filiazione* rispetto al dato *biologico*.

### 3.1. La PMA nel diritto positivo: definizioni preliminari

Si è visto come la comunità scientifica internazionale racchiuda in seno al vasto campo delle ARTs l'insieme di tecniche volte a sopperire a un *deficit* di fertilità, ma quale scopo si prefiggono i legislatori nazionali nell'autorizzare simili procedure?

In Francia<sup>38</sup>, il CSP nella sua *Deuxième partie* (*Santé sexuelle et reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant, de l'adolescent et du jeune adulte*) dedica il *Titre IV* all'*Assistance médicale à la procréation*. In particolare, l'art. L 2141-2 CSP sancisce come l'AMP abbia «pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué». Avendo già avuto modo di riflettere sul concetto di *infertilità*, due sono i punti di questa norma che meritano di essere sottolineati. Il primo è

<sup>36</sup> BALL P., Dove sono finiti gli spermatozoi, in *Internazionale*, 31 ottobre 2018, p. 42.

<sup>37</sup> DE BEAUVOIR S., *Le deuxième sexe*, II, Gallimard, Paris, 1949 renouvelée en 1976, p. 13.

<sup>38</sup> In Francia l'Agence de la Biomédecine ha riportato per il 2015 la nascita di 24.839 bambini grazie a tecniche di PMA e di quasi 26mila per il 2017; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport Annuel - 2016*, Paris, 2017, p. 66 e AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport Annuel - 2017*, Paris, 2018, p. 65.

l'impiego del verbo *remédier*, che implica in campo medico sia una guarigione, sia una più blanda attenuazione dei sintomi. Il secondo punto cruciale è la previsione di adoperare la PMA al fine di evitare la trasmissione di una patologia particolarmente grave o a uno dei membri della coppia o al nascituro. Chiaramente, in questo specifico caso, la PMA esula dall'assolvere una funzione di cura rispetto all'infertilità e interviene invece come mezzo di tutela di altri profili sanitari. Sovente si tratta di impedire la trasmissione del virus HIV al partner e al nascituro oppure di malattie genetiche ereditarie al solo nascituro.

Un discorso del tutto differente va proposto per ciò che concerne invece l'ordinamento italiano. L'art. 1 della Legge 40, in origine, prevedeva l'impiego della PMA «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», ma il secondo comma specificava come tale impiego dovesse avere natura residuale. Infatti, il ricorso alla PMA era «consentito qualora non vi [fossero] altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità». Sin dalla prima norma, dunque, fa capolino l'intenzione del Legislatore di regolare sì la materia, ma ponendo un freno solido all'utilizzo delle tecniche in oggetto, da considerarsi *ultima spes* per i pazienti interessati e non una comune prestazione sanitaria. Inoltre, il primo comma sanciva anche il dovere, da parte del corpo medico, di garantire «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», onde specificare una parità di posizioni la cui solidità teorica si presta a subire diverse critiche.

L'art. 1, in ogni caso, è stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale grazie a diversi rinvii<sup>39</sup>; nel maggio 2015<sup>40</sup> entrambi i commi sono stati dichiarati incostituzionali proprio in quanto, impedendo la normativa in oggetto il ricorso alla PMA alle coppie fertili, ma portatrici di un elevato rischio di trasmissione di malattie genetiche alla prole, contrastava con diversi diritti. *In primis*, il rivendicato «diritto inviolabile della coppia ad avere un figlio “sano” e con il diritto ad autodeterminarsi nella scelta procreativa» è stato ridotto dalla Corte al solo aspetto *autodeterminativo*. Fin troppo chiaro è il richiamo allo spettro eugenetico che si spande dalla lettura

<sup>39</sup> Si vedano in questo senso: Trib. Roma ord. del 14 gennaio 14; Trib. Roma ord. del 27 febbraio 2014; Trib. Milano ord. del 4 marzo 2015; Trib. Milano del 18 aprile 2017.

<sup>40</sup> Corte cost. 14 maggio 2015, n. 96.

del *diritto* a un figlio *sano*. La Corte ha dunque ritenuto presente nella normativa in oggetto un profilo di elevata irragionevolezza rispetto all'autodeterminazione individuale nel senso che segue. Vietare a una coppia di sottoporsi a un percorso di PMA al fine di dare alla luce un figlio non affetto da una malattia genetica ereditaria, vietando quindi di sottoporre uno o più embrioni a un'accurata analisi genetica, risulta irragionevole, e perciò contrario all'art. 3 Cost., in quanto l'ordinamento italiano prevede una via alternativa, molto più gravosa, per giungere al medesimo scopo. L'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, comunemente nota come Legge 194 e contenente le disposizioni in materia di interruzione volontaria di gravidanza (IVG), prevede infatti che una delle due ragioni per cui è lecito ricorrere a un aborto terapeutico sia « quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna ». In altri termini, ciò significa che, in vigenza dell'art. 1 della legge 40, le coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche ereditarie, avrebbero sì potuto ricorrere a un'interruzione di gravidanza (eventualmente anche a più interruzioni), ma non a una preliminare individuazione degli embrioni sani. Il presentarsi dello spettro dell'eugenismo, evocato di frequente nel corso dei lavori preparatori della legge 40 e che ritroveremo in materia di diagnosi genetica pre-impianto (PGD), non era perciò scongiurato dalla lettera della legge in materia di PMA, potendosi giungere al medesimo obiettivo *selettivo* attraverso ripetute IVG, consentite dalla Legge 194. Infatti, secondo la Corte Costituzionale, oltre a violare il principio di ragionevolezza, la normativa al suo esame minava anche le basi del diritto alla salute della donna (art. 32 Cost.), obbligandola a intraprendere un cammino decisamente più gravoso per evitare di trasmettere gravi patologie al nascituro. In sintesi, secondo la Suprema Corte, l'ordinamento italiano celava in sé una profonda irrazionalità, non conforme agli artt. 3 e 32 Cost., e da rimuovere necessariamente. Dal punto di vista bioetico, chiaramente, tale irrazionalità inficiava alla radice il principio dell'*autonomy*, ponendo le pazienti nella posizione di non poter *scegliere* un percorso terapeutico, ma di doversi adeguare alle fratture dell'ordinamento, che, allo stesso tempo, permetteva di raggiungere la medesima meta attraverso un cammino scosceso e angustante. La pronuncia della Corte ha così ristabilito la possibilità di *autodeterminarsi* nell'ambito della scelta riproduttiva e relativamente alle malattie genetiche ereditarie.

### 3.2. I requisiti oggettivi di accesso alla PMA

Volgendo nuovamente lo sguardo oltralpe, è lecito domandarsi quali siano i requisiti di accesso alle tecniche di PMA e la risposta giunge immediata dall'art. L. 2141-2 per ciò che attiene alla necessità di una diagnosi medica circa il carattere patologico dell'infertilità. Volendo richiamare le nozioni invalse nell'uso medico internazionale, il requisito appare di natura circolare, richiedendosi la valutazione della natura *patologica* di una *patologia*. Oltre a ciò, i soggetti interessati sono tenuti a «consentir préalablement» alle procedure, integrando dunque uno degli elementi chiave dell'autodeterminazione, vale a dire il consenso informato del paziente.

Ebbene, come si può ormai immaginare, lo scenario italiano si presentava già più frammentario all'alba della vigenza della Legge 40, richiedendo il suo art. 4, primo comma, che il ricorso alle tecniche in oggetto fosse consentita in via esclusivamente residuale, «quando [fosse] accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione», e non solo per i casi di infertilità o sterilità la cui causa sia accertata in sede clinica, ma anche per quelli nei quali la patologia sia certificata ma la causa permanga *inspiegata* (c.d. causa idiopatica). Il senso di questa clausola tende a rimanere nebuloso, stante il fatto che il requisito concreto è quello di una certificazione, a prescindere dalla corretta individuazione dell'eziologia. Anche in questo caso i rinvii delle corti di merito non sono mancati<sup>41</sup> e sono stati risolti dalla succitata sentenza 96 del 2015 della Corte Costituzionale. In riferimento all'impossibilità di accedere alla PMA per le coppie portatrici di malattie genetiche ereditarie, nell'agosto 2012 si era espressa anche la ECtHR, condannando l'Italia per la violazione dell'art. 8 CEDU<sup>42</sup>.

Nessun particolare problema ha invece destato il principio di gradualità delle procedure di PMA imposto al secondo comma dell'art. 4, lett. a); ugualmente *de plano* è stata accolta l'enunciazione del requisito del consenso informato alla lett. b). Alla più ampia regolazione del consenso informato è stato dedicato l'art. 6, al cui primo comma è posto il dovere per il medico di informare «in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applica-

<sup>41</sup> Si vedano Trib. Salerno 9 gennaio 2010, n. 191; Trib. Cagliari ord. del 9 novembre 2012; Trib. Roma ord. del 15 gennaio 2014; Trib. Roma ord. del 27 febbraio 2014; Trib. Milano ord. 7 marzo 2015; Trib. Milano ord. del 18 aprile 2017.

<sup>42</sup> *Costa and Pavan v. Italy*.



zione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro». Pur non richiamando espressamente l'*éducation thérapeutique du patient*, l'art. 6 c.1 pone in essere tale nozione, evidenziando la necessità dell'informazione del paziente. Debite perplessità possono principiari a sorgere dalla lettura della seconda parte del primo comma, laddove si stabilisce il dovere (pur non specificando a chi resti in capo) di prospettare alla coppia la possibilità di accedere a procedure di adozione o di affidamento «come alternativa alla procreazione medicalmente assistita». Sulla possibilità di sostenere l'esistenza di un'analogia tra PMA e adozione è legittimo nutrire dei dubbi, costituendo le due pratiche il prodotto di scelte e valori differenti. In ogni caso il Legislatore, nello sviluppare il precetto, ha portato alle estreme conseguenze il corretto assunto dell'asimmetria di conoscenze che connota il rapporto medico-paziente, pervenendo a ipotizzare che una coppia affetta da infertilità manchi di quella conoscenza dell'uomo medio circa l'esistenza dell'istituto dell'adozione. I soggetti coinvolti appaiono all'attento occhio del Legislatore poco razionali e, pertanto, bisognosi di essere condotti a ri-valutare progressivamente le proprie scelte. In sintesi, l'ombra del paternalismo si insinua a offuscare i punti di luce della legge 40: l'informazione deve essere *chiara* affinché il consenso sia *chiaramente* formato ed espresso, ma, in ultima istanza, il Legislatore interviene ammantandosi del ruolo di tutore della razionalità imperfetta dei potenziali pazienti. A ulteriore garanzia, non solo devono intercorrere sette giorni tra l'espressione del consenso e l'inizio della procedura (art 6 c.3), affinché i pazienti possano ancora ri-considerare la scelta compiuta, ma ai pazienti vanno anche «esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione» le norme relative allo stato giuridico del nato e al divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre. Infine, il medico può sottrarsi all'esecuzione della procedura solo a causa di ragioni medico-sanitarie, motivate per iscritto (art. 6 c.4).

Il sistema italiano si rivela perciò nella sua incongruenza: da un lato contro-bilanciando l'asimmetria alla base del rapporto medico-paziente (prevedendo il dovere di integrare le conoscenze a disposizione del paziente), ma dall'altro esacerbandola al punto di rendere necessario una costante ri-valutazione delle scelte (precipuamente rispetto alle conseguenze rispetto al futuro rapporto di filiazione).

Alcuni degli elementi fin qui considerati possono comunque essere ritrovati anche nell'ordinamento francese. Infatti, anche il CSP francese contiene una norma particolarmente articolata (art. L. 2141-10)

che, fondandosi sul requisito del consenso fornito dai pazienti in via preliminare all'inizio della procedura di PMA (art. L. 2141-2), richiede un progressivo vaglio delle *intenzioni* degli stessi. È invero previsto che la coppia richiedente il trattamento di PMA debba sostenere diversi colloqui con un'*equipe* interdisciplinare (formata da medici e biologi) atta non solo a verificare la *motivazione* della coppia, ma anche a ricordarle la possibilità di ricorrere all'adozione (L 152-10). Occorre inoltre che l'*equipe* clinica fornisca debite informazioni scientifiche (incluse le statistiche di successo del trattamento e un profilo descrittivo dell'intero percorso clinico) e legali in merito alla procedura (inclusa la necessità di rivolgersi a un giudice o notaio in caso di stia richiedendo un dono di gameti). Infine, un termine di un mese è posto tra l'ultimo colloquio svolto con l'*équipe* del centro di cura e la conferma del consenso, da attuarsi in forma rigorosamente scritta (L 152-10). Si deduce facilmente come anche il Legislatore francese accordi una protezione particolare alla materia, al fine di garantire una piena presa di coscienza da parte dei pazienti e supponendo una forte asimmetria nel rapporto medico-paziente.

Ritornando all'ordinamento italiano, la regolazione del consenso informato non è perciò andata esente da doverose critiche, specialmente circa l'ultimo periodo dell'art. 6, comma terzo, che identifica un termine temporale all'esercizio del consenso. Infatti, la norma stabilisce che «la volontà [possa] essere revocata da ciascuno dei soggetti [...] fino al momento della fecondazione dell'ovulo». Appare *ictu oculi* quanto meno discutibile l'ipotesi che la libertà di autodeterminazione possa essere esercitata con successo solo entro un dato lasso temporale, visto e compreso come in gioco siano gli interessi e i diritti «di tutti i soggetti coinvolti». Alcuni legittimi dubbi possono essere avanzati circa una peculiare venatura di paternalismo insita nella norma, laddove il pensiero del Legislatore pare evocare il timore di un *capriccio*, di un desiderio irruente e maldestro, da doversi contenere con un monito, come assumendo che i pazienti interessati non siano in grado di comprendere a pieno le conseguenze delle proprie scelte. In tal senso il Tribunale di Firenze aveva sollevato la questione di legittimità circa la norma in esame, allorché una coppia si era rivolta al giudice di merito in sede cautelare ex art. 700 c.p.c. avendo ventilato l'ipotesi di non procedere al trasferimento in utero degli embrioni, dato e considerato come solamente uno di quelli ottenuti apparisse sano e di “media qualità”<sup>43</sup>. Il giudice fiorentino aveva accolto la proposta della

<sup>43</sup> Trib. Firenze ord. 7-12 dicembre 2012; il provvedimento di rinvio riguardava anche la volontà della coppia di donare gli embrioni ottenuti alla ricerca e, pertanto, al legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge 40.

ricorrente nel veder leso dall'art. 6 c.3 il «principio regolativo del rapporto medico/paziente, poiché il paziente verrebbe espropriato della possibilità di revocare l'assenso al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico-fisica, avuto riguardo anche al momento particolarmente delicato dell'attività medica, atteso che il trattamento, tutt'altro che concluso, verrebbe a trovarsi in una fase intermedia a cui necessariamente seguirebbe il momento essenziale culminante del trasferimento in utero del materiale prodotto» (e pertanto gli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost). Il giudice di legittimità, dal canto proprio, ha escluso l'ammissibilità della questione per la natura *ipotetica* del caso di specie, in quanto la ricorrente, pur avendo in un primo momento espresso la volontà di non accettare il trasferimento dell'unico embrione sano, aveva poi di fatto accordato il proprio consenso alla conclusione della procedura di PMA. Logicamente, la Corte Costituzionale ha sottolineato come il desiderio di vedere fugato ogni dubbio circa l'applicabilità dell'art. 6 c. 3, in vista *pro futuro* di un'ulteriore procedura di PMA, non rendesse la questione *attuale* e, pertanto, ammissibile<sup>44</sup>. Il giudice di legittimità assume come perno della propria decisione il rilievo del giudice *a quo* secondo cui la norma in esame attenga a un «profilo pratico-operativo», da un lato, e a un «profilo sistematico» nel senso di «dare coerenza al sistema». Il problema rimane dunque irrisolto, ma mitigato, secondo la Corte, dall'abolizione del divieto assoluto di procedere alla crioconservazione degli embrioni, del cui *iter* pretorio si avrà modo di discutere a breve. In sintesi, secondo la Corte Costituzionale, questa forma di consenso stimolerebbe degli interrogativi (può la libertà di scelta vedersi vincolata a un termine predefinito?) e le relative risposte verrebbero offerte da una *limatura* del sistema, utile a compensare il disequilibrio senza però risolverlo (il termine persiste, ma nella pratica clinica è offerta una scappatoia).

Una venatura paternalistica può venire colta anche nel recente Regolamento sul consenso informato della Legge 40 emanato nel 2016<sup>45</sup>. Il Regolamento individua numerosi elementi *minimi* di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato, di fatto

<sup>44</sup> Corte cost. 22 marzo 2016, n. 84, (G.U. 016 del 20/04/2016). Inoltre, una vicenda del tutto analoga era già approdata in sede di giudizio costituzionale nel 2009, dando luogo alla medesima valutazione da parte della Corte; Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151 (GU 1 Serie Speciale - Corte cost. n.39 del 17-9-2014).

<sup>45</sup> Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n.40. Decreto 28 dicembre 2016, n. 265.

andando a ribadire punto per punto quanto già contenuto nella Legge 40, eccezion fatta per i profili attinenti alla fecondazione *eterologa*, permessa solo a partire dal 2014, come si avrà modo di vedere. Il Regolamento costituisce un coacervo di indicazioni di ordine pragmatico (il modulo del consenso va datato e firmato in duplice copia congiuntamente al medico responsabile), etico (generici elementi *bioetici* connessi alla tecnica) e giuridico (rapporti di filiazione) che conferma l'asimmetria tra medico e paziente, in ottica fortemente paternalista. Occorre in ogni caso sottolineare come l'emanazione della Legge 22 dicembre 2017, n. 219 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento promuova e valorizzi «la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1 c.2). Consenso che va «acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente» (art. 1 c.4). Al tema del paternalismo in ambito medico, appare comunque proficuo dedicare un *excursus*.

### 3.3. Alcuni rilievi in merito al paternalismo in ambito medico

L'assunto dal quale principiare presuppone che il paternalismo sia una forma di esercizio del potere, incarnata in un atteggiamento protettivo apparentemente benevolo e disinteressato da parte di un individuo su un altro. Se a livello di teoria politica a esercitare il potere è di fatto l'autorità statale, in ambito medico tale atteggiamento può riscontrarsi tanto nelle norme di regolazione della pratica medica (e quindi in ultima istanza essere ricondotto allo Stato), quanto nella pratica del singolo professionista sanitario. Da questo punto di vista il paternalismo può quindi, da un lato, animare le norme e, dall'altro, insinuarsi in seno al rapporto medico-paziente. In entrambi i casi non risulta arduo cogliere l'asimmetria di fondo delle relazioni in causa: l'autorità statale e i medici possiedono entrambi un set di informazioni, conoscenze e competenze nettamente più elevate di quelle a disposizione del paziente medio. Esattamente tale asimmetria fonda la legittimazione della benevola protezione accordata al *soggetto* del rapporto paternalistico. Il paziente, infatti, viene *protetto* inizialmente dallo Stato, che apponta a sua tutela norme adatte a bilanciare la carenza di informazioni e competenze, affinché le decisioni assunte circa la propria salute siano sempre rispondenti a un adeguato livello scientifico. Successivamente, il personale sanitario accorre a suo

sostegno, ponendo in discussione le scelte da lui operate in sede di effettiva applicazione clinica. Beauchamp e Childress definiscono infatti il paternalismo come «the intentional overriding of one person's known preferences or actions by another, where the person who overrides justifies the action by the goal of benefiting or avoiding harm to the person whose preferences or actions are overridden»<sup>46</sup>.

Una simile impostazione non solo è stata accettata, ma ha anche costituito il paradigma etico nel corso della storia della medicina occidentale moderna, venendo posto in discussione precipuamente dai primi lavori nel campo della bioetica<sup>47</sup>. Beauchamp e Childress ricordano infatti come l'idea che la «beneficence expresses the primary obligation in health care is ancient. Throughout the history of health care, the professional's obligations and virtues have generally been interpreted as commitments of beneficence»<sup>48</sup>.

Dalla critica del paternalismo sono dunque sorti i principi cardine spesso richiamati, a cominciare dall'*autonomy*. Ebbene, se negli ultimi decenni il principio dell'autodeterminazione ha rivestito un ruolo principe, assurgendo a *diritto* del paziente a conoscere informazioni ed essere *educato* alla terapia (come nel caso del CSP), recentemente il dibattito bioetico si è arricchito di voci contrarie. Manne Sjöstrand e colleghi, dello *Stockholm Centre for healthcare ethics*, nel loro contributo dal significativo titolo "*Paternalism in the Name of Autonomy*", teorizzano come forme di *moderato* paternalismo (*weak paternalism*) risultino accettabili qualora l'autodeterminazione sia assunta quale *valore* e non quale *diritto* del paziente<sup>49</sup>. Il presupposto implicito di tale proposta è la critica alla teoria della c.d. razionalità perfetta, o, in altri termini, l'idea per cui nella realtà non possa esistere un processo razionale del tutto puro, integralmente svincolato dalle circostanze fattuali in cui si sviluppa. Secondo gli autori, autodeterminazione e paternalismo non sono di per loro, *sic et simpliciter*, contrastanti; invero, così come l'atteggiamento paternalistico è posto in essere per il benessere (presunto) del soggetto cui si rivolge, in modo analogo il soggetto esercita la propria autonomia al fine di

<sup>46</sup> BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F., *Principles of Biomedical Ethics*, p. 208.

<sup>47</sup> Nel dibattito bioetico, la voce che si alza a sostenere la mistificazione del *recita fondateur* della bioetica è del tutto minoritaria. Per dovere di completezza se ne dà conto e si veda MCCULLOUGH L., *Was Bioethics founded on historical and conceptual mistake about medical paternalism?*, in *Bioethics*, vol. 25, n. 2, 2011, pp. 66-74.

<sup>48</sup> BEAUCHAMP, T.L., CHILDRESS J.F., *op. cit.*, pp. 206-207.

<sup>49</sup> SJÖSTRAND M., ERIKSSON S., JUTH N., HELGESSON G., *Paternalism in the Name of Autonomy*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 38, pp. 710-724.

realizzare il proprio benessere<sup>50</sup>. Ne consegue che sia aprioristicamente esclusa l'ipotesi che il paziente possa *scegliere* di farsi del male, vale a dire che gli autori assumono un concetto di libertà *vincolata* al bene. Il cortocircuito del pensiero è evidente: la libertà del paziente si esaurisce nella possibilità di *scegliere il proprio bene*. Per Sjöstrand e colleghi si tratta quindi di aumentare l'*autonomy* del paziente fornendogli maggiori elementi di giudizio, ma preservando la possibilità, in ultima istanza, di pretermetterlo dalla decisione finale («weak paternalism for the sake of autonomy»). Tale possibilità vale innanzitutto per quei pazienti la cui razionalità appaia peculiarmente compromessa, vale a dire per quei soggetti che si trovino ad assumere una decisione in condizioni materiali particolarmente precarie. Basti pensare al caso del traffico di organi nei Paesi in via di sviluppo, dove la cessione dei propri organi è intesa come soluzione di sopravvivenza da un numero crescente di individui, costretti in condizioni socio-economiche estreme. Il fenomeno va assumendo forme e dimensioni sempre più drammatiche, anche tenuto conto della relativa facilità con cui l'incontro tra domanda e offerta può operarsi, non ultimo a mezzo dei social network<sup>51</sup>. In questo senso, le riflessioni di Alicia-Dorothy Mornington testimoniano della riflessione sul *weak paternalism* (*paternalisme doux*) in Francia, contribuendo ad asseverare l'idea per cui in taluni casi limite, un intervento autoritario assuma la funzione di correttivo rispetto a una scelta individuale non realmente libera. L'autrice, analizzando il «*préjudice consenti*» (*harm to self*)<sup>52</sup>, ossia l'ipotesi in cui «un individu se fait du tort à lui-même, ou accepte qu'on lui en fasse, de manière volontaire et informée», evidenzia come tale definizione non contenga un apprezzamento della *ragione* per cui l'individuo accetti tale nocumento<sup>53</sup>. Nella maggior parte dei casi non solo chi vende i propri organi versa in una condizione di analfabetismo, ma viene anche dolosamente indotto dall'intermediario dell'acquirente a credere che la propria salute non possa che trarre vantaggio dall'operazione chirurgica<sup>54</sup>. Ne discende che un *paterna-*

<sup>50</sup> *Ivi*, p. 713.

<sup>51</sup> ALROGY W., JAWDAT D., ALSEMARI M. et al., *Organ Trade Using Social Networks*, in *Saudi J Kidney Dis. Transpl.*, 2016, 27(5), pp. 971-976.

<sup>52</sup> FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 3, *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

<sup>53</sup> MORNINGTON A.-D., *Vendre ses organes: un cas de préjudice consenti?*, in *Raisons politiques*, 2011/4 - n° 44, p. 61.

<sup>54</sup> *Ivi*, p. 68.

*lisme doux* non sia solamente accettabile, ma addirittura auspicabile al fine di *proteggere* individui privi dei mezzi necessari ad auto-garantirsi l'incolumità, in quanto «*il s'agit de limiter la liberté contractuelle, dans une attitude paternaliste qui suppose que soit le consentement du vendeur n'est pas vraiment éclairé soit il est induit pas l'état de nécessité*»<sup>55</sup>. I soggetti dei quali tratta l'autrice coincidono con quelle che Beauchamp e Childress avevano identificato come "*vulnerable populations*", giungendo all'analoga conclusione per cui una determinata pratica medica, rivolta a soggetti *vulnerabili*, potesse essere permessa solo a determinate condizioni (politica di "*partial permissibility*"), rigettando invece la possibilità di riconoscere un pieno valore al consenso di tali individui ("*full permissibility*") o di negarlo *in toto* ("*full prohibition*")<sup>56</sup>.

Nondimeno, Sjöstrand e colleghi valutano l'accettabilità di una forma di *strong paternalism*, indirizzato cioè a quei soggetti che sono *sostanzialmente* ritenuti *capaci* di decidere, in grado perciò di sviluppare un processo decisionale autonomo e non estremamente compromesso da fattori esterni. Si tratta di stabilire, secondo gli autori, se a essere ritenuto un valore sia la *capacità* di assumere decisioni autonome o il suo *concreto esercizio*. Nel primo caso è ammissibile tollerare talune forme di paternalismo, qualora siano poste in atto prevaricando l'*attuale* decisione del paziente, ma al fine di preservarne la futura *capacità*. Nel secondo caso, invece, qualsivoglia forma di paternalismo risulta non giustificabile, dato che ogni espressione di volontà da parte del paziente deve essere integralmente rispettata. Si pensi al tradizionale esempio del paziente che, nel dichiararsi testimone di Geova, rifiuta per motivi religiosi una trasfusione di sangue salva-vita. Se la tutela va approntata alla sua *capacità* di autodeterminarsi, ne consegue che violare le sue disposizioni allo scopo di salvargli la vita risulti l'unica opzione. Diversamente, se a dover essere rispettato è l'*esercizio concreto* di tale capacità, la semplice dichiarazione di non volersi sottoporre alla trasfusione è sufficiente a impedire al medico di procedere<sup>57</sup>. Ora, secondo gli studiosi di Stoccolma, non è da escludersi totalmente che alcune configurazioni di «*strong paternalism for the sake of autonomy*» possano risultare giustificabili, tuttavia, *lato sensu*, le politiche pubbliche basate su questo principio tendono per lo più a risultare autoreferenziali e auto-giustificanti<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> DONEGANI J.-M., *Le paternalisme, maladie sénile du libéralisme?*, en *Raisons politiques*, 2011/4 (n° 44), p. 7.

<sup>56</sup> BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F., *op. cit.*, pp. 89-90.

<sup>57</sup> SJÖSTRAND M., *op. cit.*, p. 719.

<sup>58</sup> *Ivi*, p. 723.

La conclusione che si può trarre è dunque la ri-affermazione, seppur parziale, della normatività etica del paternalismo in campo medico, seppur con diverse gradazioni a seconda del livello di *competence* dei pazienti coinvolti. A parere di chi scrive la proposta desta una certa preoccupazione, stante il fatto che non sussiste alcun metodo affidabile per certificare organicamente il livello di informazione, conoscenza e *libertà* decisionale di un soggetto. Come si può dunque stabilire il livello di *bias* dei pazienti? Chi sarà tenuto ad accertare se un *pre*-giudizio sarà tanto grave da poter pretermettere il soggetto interessato dalla decisione circa la propria salute? Simili quesiti non apportano alcunché di innovativo, proprio perché ricorrenti sin dagli albori del discorso bioetico.

Se da un lato si può quindi accogliere *de plano* l'ipotesi che determinate circostanze *oggettivamente* diminuiscano il grado di discernimento di un individuo (per esempio l'analfabetismo) o lo compromettano (per esempio il dolo di un terzo), dall'altro non si può ignorare l'eventuale esistenza di numerosi elementi *soggettivi* in grado di alterare la capacità in esame. Elementi che attengono integralmente alla sfera privata, all'essenza più intima dell'individuo e che sono indiscutibilmente posti alla base dell'enunciazione del principio dell'autodeterminazione. Senza voler in alcun modo sminuire l'apporto della critica al modello di razionalità perfetta, necessario anzi a ricondurre il piano teorico a quello del reale, sostenere una forma di *strong paternalism* in ambito medico comporta gravi pericoli. In primo luogo, rischi per quel che concerne le conseguenze dell'ingerenza del Legislatore nel campo più sensibile della sfera privata, vale a dire, con la parole di Jean-Marie Donegani: «reconnaître ainsi le pouvoir de la loi dans la délibération morale revient à falsifier le sens même de la délibération morale dont la finalité est de construire la liberté du sujet qui s'y adonne»<sup>59</sup>. In secondo luogo, minacce per l'equilibrio (supposto) alla base del rapporto medico-paziente, laddove un paternalismo *forte* non porterebbe che a catalizzare il divario informativo tra i due individui.

In conclusione, pur concordando sull'accettabilità di forme di *paternalisme doux* e, anzi, ritenendole necessarie per i casi nei quali la razionalità sia *oggettivamente* compromessa, non appare condivisibile l'idea secondo cui debba essere esaltata l'asimmetria della relazione tra professionista sanitario e paziente. L'esercizio della capacità di autodeterminarsi, istanza primaria della costruzione della *propria* libertà individuale, merita infatti una solida protezione. Differentemente, appellarsi al paternalismo come opzione per tutelare il *presunto* benessere di un individuo costituisce un autentico «court-cir-



cuite [de] la délibération morale du sujet et lui interdit d'être libre, en l'empêchant de devenir l'auteur de sa propre autonomie»<sup>60</sup>.

### 3.4. I requisiti soggettivi di accesso alla PMA

La legislazione francese vigente prevede che a poter richiedere un trattamento di PMA siano le coppie formate da un uomo e una donna, entrambi in vita e in età fertile. Costituiscono invece ostacoli all'esplettazione della procedura il venir meno della "*communauté de vie*" (in qualunque forma precedentemente realizzata), la morte di uno dei due soggetti, nonché la revoca del consenso da parte di uno dei membri della coppia (art. L. 2141-2 CSP). A differenza di quanto avviene in Italia, nessuno limite temporale è posto alla possibilità di revocare il consenso. Come si avrà occasione di rimarcare in seguito, i requisiti soggettivi di accesso alla PMA rappresentano il punto focale della revisione della *loi bioéthique* in Francia, dove il dibattito, alimentato dai più autorevoli medici, antropologi e psicanalisti ruota attorno all'opportunità di consentire l'impiego delle tecniche di PMA a tutte le donne, indipendentemente dal loro stato civile o unione di fatto (c.d. *PMA pour toutes*)<sup>61</sup>.

La legge 40 stabilisce in modo del tutto analogo che l'accesso alla PMA sia consentito alle coppie eterosessuali, unite in convivenza o matrimonio, dove entrambi i membri risultino viventi e «in età potenzialmente fertile» (art. 5). Nessun intervento giurisprudenziale è avvenuto dal 2004 in avanti su questa norma e anche il dibattito pubblico si è concentrato sui temi della c.d. *stepchild adoption* (possibilità per un membro di una coppia omosessuale di adottare il figlio del partner), nonché della trascrizione sui registri di stato civile degli atti di nascita dei bambini nati all'estero con procedure di Gestazione per Altri (GPA).

<sup>60</sup> Ivi, p. 5.

<sup>61</sup> Sull'inserimento nell'agenda del governo Macron del tema della *PMA pour toutes* si vedano: RÉDACTION LE MONDE, *L'ouverture de la PMA à toutes les femmes prévue en 2018*, in *Le Monde*, 12 settembre 2017, lemonde.fr, visitato il 30 novembre 2017; LECLAIR A., «*PMA pour toutes*»: le gouvernement prêt à légiférer, in *Le Figaro*, 28 giugno 2017, lefigaro.fr, visitato il 30 novembre 2017; MALLAVAL C., *La PMA pour toutes en 2018?*, in *Libération*, 12 settembre 2017, liberation.fr, visitato il 30 novembre 2017.

### 3.5. La PMA con dono di gameti

Come si è in precedenza accennato, nell'ambiente scientifico la distinzione tra PMA realizzate con gameti provenienti dalla coppia o da donatori e donatrici non ha valore classificatorio: la procedura di PMA operata *in vitro* appartiene comunque alla più ampia classe delle ARTs. Perciò le legislazioni occidentali che consentono tale procedimento si riferiscono a esso come *dono di gameti* e non alla c.d. *eterologa*, come da noi conosciuta. Tale procedura consiste nella tecnica di trasferire nell'utero della paziente o di uno o più embrioni ricavati dai gameti in parte o in tutto provenienti da soggetti diversi dalla coppia, o degli spermatozoi di un donatore. Le figure potenzialmente coinvolte in una simile procedura si distinguono pertanto, *ex latere matris*, in madre *genetica* (identificabile con la donna il cui ovulo viene sottoposto a fecondazione *in vitro*), madre *biologica* o *uterina* (vale a dire colei che porta a compimento la gestazione) e madre *sociale* (ossia la donna che offre il proprio consenso alla PMA). Al contempo, *ex latere patris*, interviene un'unica distinzione: il padre *genetico* (l'uomo che fornisce il seme per la fecondazione *in vitro*) e quello *sociale* (ossia colui che presta il proprio consenso alla PMA). Si vedrà successivamente quali implicazioni concettuali discendano dai distinguo lessicali qui ricordati, ma, per il momento, è necessario soffermarsi sulla lettera delle norme italiane e francesi che regolano la materia.

### 3.6. La PMA eterologa nella Legge 40

In origine nella legge 40 era contenuto il divieto al «ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo» (art. 4 c.3). Può destare interesse notare come il Legislatore non abbia chiarito il significato del termine *eterologo*, dando conto sì dell'uso invalso del termine nel dibattito pubblico, ma anche di un implicito disvalore associato alla pratica, degna di essere esclusa integralmente, ma al contempo nemmeno definita. Il tema è innegabilmente stato uno dei più discussi nel corso dei lavori preparatori della normativa, vedendo contrapporsi sul terreno anche forze politiche della stessa coalizione di centro-destra in nome di un insopprimibile desiderio di genitorialità<sup>62</sup>. Nella primavera 2013 la questione di legittimità costi-

<sup>62</sup> Prova ne sia la posizione dell'on. Erminia Mazzoni (UDC) che, in qualità di relatrice della commissione consultiva, nell'aprile 2002 sosteneva la proposta di eliminare il rigido divieto di PMA eterologa, «prevedendo piuttosto una disciplina rigo-

tuzionale della norma, chiaramente in collegamento con le disposizioni concernenti le conseguenze sui rapporti di filiazione (art. 9, c.1 e 3) e sanzioni relative alla violazione del divieto in questione (art. 12 c.1), è stata promossa quasi simultaneamente dai tribunali ordinari di Milano, Firenze e Catania<sup>63</sup>. Il giudizio di costituzionalità è stato sollevato in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31, 32 e 117 primo comma Cost. in relazione agli artt. 8 e 14 della ECHR. Nel corso dell'instaurazione del giudizio, la Corte Costituzionale ha disposto la remissione degli atti al Tribunale di Milano e, nelle more della nuova valutazione degli atti, è intervenuto un nuovo giudizio della ECtHR, rilevante nel caso in esame. La Corte di Strasburgo, nel giudicare un caso riguardante la normativa austriaca sulla PMA, ha lanciato un monito ai legislatori nazionali, stimolandoli a tenere in debita considerazione gli sviluppi tecnici e scientifici in ambito riproduttivo nel momento in cui pongono in essere il proprio margine di apprezzamento. Nel caso di specie, l'ECtHR ha poi ritenuto la legge austriaca, che vietava il ricorso al dono di gameti, illegittima e irragionevolmente discriminatoria<sup>64</sup>. Nel caso italiano rimesso alla Corte Costituzionale, i punti focali appaiono tutti fondati sull'implicita sussistenza dei requisiti dell'art. 5 della legge 40.

Innanzitutto, sono considerati il diritto alla piena realizzazione della vita familiare (art. 2 Cost., riconosciuto come diritto alla *formazione* di una famiglia dall'art. 29 Cost.) e privata, nonché il diritto di *autodeterminazione* delle coppie nelle proprie scelte riproduttive. Queste ultime rilevano sia come campo protetto dal diritto al rispetto alla vita privata in generale, sia come forma di diritto alla salute (art. 32 Cost.). Inoltre, i remittenti sottolineano come le nozioni di famiglia e genitorialità dovrebbero evolversi di pari passo all'ordinamento generale e del principio per cui «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti»<sup>65</sup>. In aggiunta, le norme in questione sembrerebbero violare i principi di non discriminazione e ragionevolezza, comportando il venir in essere di trattamenti diversi, privi di ragionevole giustificazione, per situa-

rosa e puntuale che regolamenti l'accesso a tale tecnica riservandola a casi di particolare eccezionalità». SENATO DELLA REPUBBLICA, *II Commissione - Resoconto di giovedì 18 aprile 2002*, in CD *Lavori preparatori della Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

<sup>63</sup> Trib. Milano ord. 29 marzo 2013; Trib. Firenze ord. 8 aprile 2013; Trib. Catania ord. 13 aprile 2013.

<sup>64</sup> *S.H. and Others v. Austria*, no. 57813/00.

<sup>65</sup> Corte cost. n. 494/2002.

zioni omogenee (violando così gli art. 3 e 31 Cost.). Infatti, «l'esame comparato delle due situazioni evidenzia comunque nel confronto tra le condizioni delle due categorie di coppie infertili una loro sostanziale sovrapponibilità, pur in assenza di coincidenza di tutti gli elementi di fatto»<sup>66</sup>. La mancata coincidenza avverrebbe a causa della diversità dei tipi di patologie, pur risultando tutte comprese nel concetto di *infertilità*, al quale la legge 40, art. 1., intendeva porre rimedio. Perciò «all'identico limite (infertilità e sterilità di coppia) dovrebbe corrispondere la comune possibilità di accedere alla migliore tecnica medico-scientifica utile per superare il problema, da individuarsi in relazione alla causa patologica accertata»<sup>67</sup>. Infine, il presunto *vulnus* inferto all'identità del nascituro, radicato nell'incertezza del legame di filiazione discendente da una PMA eterologa, sembrerebbe inesistente in quanto tutelato il diritto del concepito al riconoscimento formale e sostanziale del rapporto con la coppia attraverso l'assunzione da parte della stessa dei pertinenti obblighi parentali. Da questo punto di vista, invero, l'ordinamento italiano annovera istituti edificati sulla «frattura tra genitorialità genetica e genitorialità legittima, quali l'adozione»<sup>68</sup>. Nell'insieme, secondo i remittenti, si sarebbe dunque di fronte a una violazione del diritto al rispetto per la vita privata e familiare così come garantito dall'art. 8 ECHR e confluyente nell'ordinamento nazionale grazie all'art. 117, primo comma.

Il giudice di legittimità ha accolto integralmente simile impostazione, accertando come le limitazioni imposte alla scelta di divenire genitori (che insiste sulla sfera privata nella sua parte più intima) non si presentino in alcun modo né ragionevoli, né congruamente giustificate rispetto allo scopo di tutela altri interessi di pari rango. Per questa ragione appaiono chiaramente in violazione del disposto degli artt. 2 e 31 Cost.<sup>69</sup>. Oltre a ciò, il desiderio di genitorialità e il suo conseguente progetto, che rilevano a prescindere dal legame genetico con la prole, sono favorevolmente valutati dall'ordinamento giuridico, così come la normativa dell'istituto dell'adozione comprova. Pur tenendo conto di come tale istituto abbia l'obiettivo preminente di assicurare una famiglia ai minori<sup>70</sup>, l'irrilevanza del legame gene-

<sup>66</sup> Trib. Milano ord. 29 marzo 2013.

<sup>67</sup> Trib. Milano, sez. I civile, 28 dicembre 2010.

<sup>68</sup> Trib. Milano ord 29 marzo 2013.

<sup>69</sup> Principio espresso in Corte cost. n. 332 del 2000.

<sup>70</sup> Come affermato dalla Corte cost. a principiarsi dalla sent. n. 11 del 1981.

tico si manifesta egualmente. Inoltre, la Corte Costituzionale ricorda come l'interpretazione del concetto di *salute* nell'ordinamento italiano sia precipuamente quella fornita dalla WHO, vale a dire comprensiva del benessere tanto fisico, quanto psichico<sup>71</sup>, e come la tutela dei due profili debba essere di pari grado<sup>72</sup>. Da ciò discende, in parte, l'impossibilità di asseverare un'ipotetica distinzione tra PMA di tipo omologo ed eterologo sulla base del fatto che esclusivamente la prima implichi il concepimento di un individuo legato geneticamente alla coppia. Infatti, porre un divieto assoluto all'accesso alla ricezione di gameti può costituire un reale *vulnus* alla salute della coppia, sia sul piano fisico, sia su quello psichico<sup>73</sup>. Ancora in riferimento al diritto alla salute, la Corte pone in luce come la scelta di procedere a una PMA eterologa da parte di una coppia, potenzialmente in grado di trasmettere al nascituro una patologia invalidante, non integri una *soggettivizzazione* della nozione di salute, «piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango». Invece, nella prospettiva del diritto del nascituro a conoscere la propria identità genetica, il giudice delle leggi respinge la proposta dell'Avvocatura generale dello Stato, secondo la quale un giudizio di illegittimità costituzionale comporterebbe lo spalancarsi di una voragine legislativa. Per la Corte Costituzionale il vuoto risulterebbe colmato dalla forza congiunta esercitata dalle restanti norme della legge 40 (rispetto ai requisiti oggettivi, soggettivi e al legame di filiazione, venendo considerato il caso di nascita a seguito di una PMA eterologa una *species* del più ampio *genus* PMA, applicandosi quindi il divieto di disconoscibilità del nascituro), dall'attività di interpretazione orientata della disciplina in materia di donazione di tessuti e cellule umani (espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie: gratuità e volontarietà della donazione, modalità del consenso, anonimato del donatore, esigenze di tutela sotto il

<sup>71</sup> Corte cost. n. 251 del 2008; Corte cost. n. 113 del 2004; Corte cost. n. 253 del 2003.

<sup>72</sup> Corte cost. n. 167 del 1999.

<sup>73</sup> La Corte sottolinea come, in questa prospettiva, vada ribadito che «per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti» (Corte cost. n. 161 del 1985), sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali.

profilo sanitario<sup>74</sup>), nonché da un'operazione comparativa con altri ordinamenti (inglese e francese *in primis*) anche al fine di una ri-scrittura delle Linee Guida, il tutto ponendo un ragionevole numero massimo di donazioni possibili. In conclusione il divieto assoluto di PMA eterologa previsto dall'art. 4 c.3 della legge 40, come pure le conseguenze sui rapporti di filiazione (art. 9, c.1 e 3) e le sanzioni relative alla violazione del divieto in questione (art. 12 c.1) contengono un manifesto dato di irrazionalità. Si tratta infatti di un divieto che discrimina le coppie portatrici di patologie più gravi e che si pone in ciò in aperto contrasto con la *ratio legis*<sup>75</sup>. Pertanto, pur mirando le norme censurate a garantire la protezione di un valore di rango costituzionale, esse non osservano il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori meritevoli di tutela, con il risultato di lederli radicalmente. La sentenza di accoglimento totale ha dunque sancito l'incostituzionale degli art. 4 c.3, 9 c. 1 e 3 limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e dell'art. 12, c.1.

### 3.7. La PMA eterologa dopo la sentenza 162/2014

Date queste premesse, diviene sempre più chiaro come muoversi tra le norme in materia di PMA nel nostro ordinamento significhi approcciarsi a un terreno scosceso. Tuttavia una certezza rimane solida: il principio dello *stare decisis* non connota un ordinamento di *civil law* e, pertanto, gli interventi di accoglimento della Corte Costituzionale incidono nella carne viva di una normativa, senza prestarle una cura. Fuor di metafora, la pronuncia di illegittimità costituzionale non produce né l'abrogazione, né la declaratoria di inesistenza, né quella di nullità, né tantomeno l'annullamento della norma in oggetto. La pronuncia comporta esclusivamente la disapplicazione della norma, cosicché l'effetto ottenuto è al crocevia tra abrogazione (normalmente con efficacia *ex nunc*) e annullamento (di regola con effica-

<sup>74</sup> La Corte si riferisce al disposto degli artt. 12, 13, c. 1, 14 e 15 del d. lgs. 6 novembre 2007, n. 191, recante l'Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane.

<sup>75</sup> Invero, «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe» (Corte cost. n. 1009 del 1988).

cia *ex tunc*)<sup>76</sup>. Sul piano pratico, si crea un vuoto colmabile esclusivamente dall'intervento del Legislatore, che a tutt'oggi non è avvenuto e non sembra iscritto tra le priorità di nessuna forza politica, eccezion fatta per gli sforzi profusi su diversi temi bioetici da alcuni esponenti del partito dei Radicali Italiani. Certamente nel panorama nazionale nessuna delle forze politiche maggioritarie ha inserito nella propria agenda i diritti riproduttivi, mentre in tal senso appare rilevante l'attività di alcune associazioni di pazienti.

A riprova dell'inerzia del Legislatore, occorre notare come i due interventi seguiti alla sentenza 162/2014 siano stato compiuti a mezzo di atti amministrativi. Si tratta, da un lato, del Decreto del 2015 contenente le nuove Linee Guida sulla PMA<sup>77</sup> e, dall'altro, del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri circa «definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza» (LEA)<sup>78</sup> firmato il 18 marzo 2017. Le nuove Linee Guida del 2015 nulla dispongono circa i requisiti soggettivi od oggettivi di accesso alla donazione di gameti, mentre i profili di anonimato e gratuità della pratica sono rintracciabili, a mezzo di apposito rinvio, in due direttive europee. Inoltre, il Decreto di aggiornamento dei LEA prevede all'art. 15 che il Servizio sanitario nazionale (SSN) garantisca le prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale che sono annoverate dall'aggiornato Nomenclatore (allegato 4). In più, l'art. 24 lett. i) specifica come il SSN assicuri nell'ambito dell'assistenza distrettuale ai pazienti «consulenza, supporto psicologico e assistenza per problemi di sterilità e infertilità e per procreazione medicalmente assistita». Infine, l'art. 49 stabilisce che «il Servizio sanitario nazionale garantisc[a] la selezione dei donatori di cellule riproduttive e l'attività di prelievo, conservazione e distribuzione delle cellule, in conformità a quanto previsto dalla direttiva 2006/17/CE, come modificata dalla direttiva 2012/39/UE e dai successivi decreti di recepimento. La direttiva 2006/17/CE stabilisce anche l'anonimato dei donatori (ripreso anche nel Regolamento sul consenso informato del

<sup>76</sup> LUDOVICI A., *Sentenza di incostituzionalità emessa dalla Corte Costituzionale e conseguenze: validità di una legge dichiarata incostituzionale, di un atto amministrativo o di un provvedimento giurisdizionale*, in *Diritto&Diritti*, dicembre 2001, diritto.it, consultato il 1° dicembre 2017.

<sup>77</sup> Decreto 1° luglio 2015, GU Serie Generale n.161 del 14-07-2015. Si rinvia al prosieguo per la trattazione dell'iter giurisprudenziale che ha condotto all'emanazione di tale aggiornamento delle Linee Guida.

<sup>78</sup> Di cui all'articolo 1 c. 7 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502: *Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della L. 23 ottobre 1992, n. 421*.

2016), derogabile solo ed esclusivamente qualora sorgano esigenze di tutela della salute del nato. Il documento introduce inoltre un limite sia di età per i donatori (18-40 anni) e per le donatrici (20-35 anni), sia di numero di nascite per ciascun donatore (10) «Le coppie che si sottopongono alle procedure di procreazione medico assistita eterologa contribuiscono ai costi delle attività, nella misura fissata dalle Regioni e dalle province autonome». Volendo sintetizzare, grazie al decreto in esame, le procedure di PMA eterologa divengono un'attività ambulatoriale, i costi delle quali sono in parte supportati dallo Stato e dalle Regioni. Ebbene, a siffatta *normalizzazione* della pratica, corrisponde però un problema cruciale. Stante la mancata abrogazione del divieto di PMA eterologa, ma la sua semplice *disapplicazione*, ossia, stante l'inerzia del Legislatore seguita alla sentenza 162/2014, è possibile ritenere lecita l'emanazione del decreto in questione? La risposta non è univoca<sup>79</sup>, ma lascia spazio a una considerazione inevitabile: il tema della PMA, specialmente per il profilo relativo all'intervento di un *terzo* alla coppia, crea problemi concettuali tali da consentire un intervento tecnico, a mezzo di un atto amministrativo, ma non uno legislativo.

Da ultimo occorre poi sottolineare come l'unica traccia significativa di indirizzo delle tecniche di PMA *eterologa* sia di fatto rintracciabile in un documento approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome<sup>80</sup>. A fondamento di questo documento vi è una della note del Ministro della Salute, rivolta ai Capigruppo Parlamentari, al fine di porre in luce i limiti e i principi secondo i quali declinare le tecniche di PMA eterologa<sup>81</sup>. Nel documento della Con-

<sup>79</sup> La risposta inoltre si iscrive nel novero delle più generali problematiche sollevate dalla disputa dottrina circa il potere di variazione *ex nunc* degli effetti delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale. Trattasi di una diatriba ormai annosa, già rintracciabile alla fine degli anni '80 e riportata alla ribalta dalla recente sentenza n. 10 dell'11 febbraio 2015, poi rimessa in discussione dalla sentenza n. 70 del 30 aprile 2015. In essa la Corte costituzionale ribadisce il «rigoroso significato» della norma contenuta nell'art.136 Cost. i conseguenti vincoli positivi derivanti, come spiega FURNO E., *La Corte costituzionale impone l'obbligo del rispetto del giudicato costituzionale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 169/2015*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 settembre 2015, [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), visitato il 1° dicembre 2017.

<sup>80</sup> Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014, 14/109/CR02/C7SAN, 4 settembre 2014.

<sup>81</sup> Nota dell'8 Agosto 2014 del Ministro della Salute ai Capigruppo Parlamentari con la quale il Ministro sottolinea i cardini principali, che sono condivisi dalle Regioni, sui quali dovrebbe basarsi la organizzazione delle procedura di PMA da donazione.



ferenza si apprende come, oltre al recepimento di parte della direttiva 2006/17/CE (relativa a determinate prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani) e all'istituzione di un registro nazionale per la tracciabilità donatore-nato, la donazione debba radicarsi sui principi di gratuità, volontarietà e anonimato da parte del donatore (anonimato derogabile solo ed esclusivamente in rapporto a esigenze di tutela della salute del nato). Viene anche proposta l'introduzione di un limite di età per i donatori (18-40 anni) e per le donatrici (20-35 anni), nonché un numero massimo di nascite per ciascun donatore (10). Infine, il documento richiedeva l'introduzione delle tecniche in esame nei LEA. Significativo quindi come il Ministero della Salute si sia preoccupato di porre in essere quest'ultima condizione, pur tralasciando la necessità di far assurgere a un rango di fonte del diritto più elevato i principi di anonimato, gratuità e volontarietà.

Trattasi, in ultima analisi, di voler far dunque rientrare dalla finestra ciò che è stato cacciato dalla porta, nel goffo tentativo di fornire una risposta ad alcune delle più conclamate istanze sociali. Sugli effetti pratici dell'emanazione del decreto sui LEA, tuttavia, ci si potrà pronunciare solo all'esito di un periodo di rodaggio, affrontando un esame dell'effettiva applicazione degli stessi sul territorio nazionale e tenuto conto dello spazio di attività che gli operatori sanitari privati sapranno accreditarsi. Quel che non pone alcun dubbio è invece la confusione totale entro cui è proiettata la materia della PMA *eterologa*, la cui disorganica disciplina mette in luce come l'inerzia legislativa non sia più riconducibile agli usurati schemi del modello politico del bipolarismo e che testimonia integralmente la frattura creatasi tra società e norme vigenti.

### 3.8. La PMA “avec don de gamètes” in Francia

Discorso radicalmente differente vale per la Francia, dove la prima *loi bioéthique* (1994) inquadra la pratica della PMA “avec don de gamètes” rendendola lecita, seppur strettamente regolata. Il CSP nel *Livre II*, rubricato “*Don et utilisation des éléments et produits du corps humain*”, contiene l'insieme delle disposizioni riguardanti sangue, organi, tessuti, cellule e più generici prodotti del corpo umano. La *ratio* della collocazione è quindi omologante, volta a racchiudere in un medesimo contesto qualsivoglia dono e uso di parti del corpo umano, di elementi del *vivente*. Pur declinandosi la disciplina in modo specifico a seconda dell'oggetto (nel nostro caso nel *Chapitre IV: Don et*

*utilisation de gamètes*), la cornice di riferimento è univoca e tale scelta politico-giuridica è senza dubbio una delle più contestate in vista della revisione della *loi bioéthique*. In questa cornice si iscrivono i principi generali della disciplina, a cominciare dalla *volontarietà* del dono (il consenso informato è revocabile in qualunque momento; art. L. 1211-2), per seguire con la sua *gratuità* del dono (art. L. 1211-4) e terminare con l'*anonimato reciproco* di donatori e riceventi (art. L. 1211-5).

Dal punto di vista definitorio, l'art. L. 1244-1 stabilisce come «le don de gamètes consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation». Acciocché il dono avvenga concretamente, i medici sono tenuti a informare regolarmente i propri pazienti in merito a questa possibilità (artt. L. 1244-1-1 e L. 1244-1-2). Relativamente ai donatori e alle donatrici, è richiesto non solo che abbiano già avuto figli, ma anche che, se impegnati in una relazione, il consenso per iscritto sia ottenuto anche da parte del loro partner. Il consenso, ovviamente, può essere revocato da parte di entrambi in qualsiasi momento finché i gameti non siano stati usati. Lo stesso vale per il consenso della coppia ricevente. Inoltre, qualora il donatore o la donatrice siano maggiorenni, è concessa una deroga all'obbligo della già avvenuta procreazione e, nondimeno, dev'essere loro proposta la conservazione di parte dei gameti donati al fine, eventuale, di un uso a proprio beneficio per un futuro *iter* di PMA (art. L. 1244-2). Tra i divieti si annovera l'impiego di gameti maschili "freschi" (che quindi non abbiano subito un procedimento di crioconservazione; art. L. 1244-3), la miscela di spermatozoi provenienti da diversi donatori (art. L. 1244-3) e l'utilizzo dei gameti di un donatore che conduca «à la naissance de plus de dix enfants» (art. L. 1244-4). Quest'ultima formulazione appare interessante in quanto il Legislatore francese non ha specificamente vincolato l'uso dei gameti di un *terzo* a un determinato numero di coppie, bensì a un determinato numero di *nascituri*. Il parametro di riferimento quindi non è l'unione tra i due individui che riceveranno un dono, ma il soggetto che riceverà la *vita*. Il dato non è da sottovalutare, precipuamente in ottica comparativa: nell'ordinamento francese l'intervento di un *terzo* alla coppia rileva non in quanto tale, non nella sua *estraneità* ai potenziali futuri genitori, bensì come possibilità di *generare* una vita nuova. L'intervento del donatore o della donatrice dunque non insiste su ciò che già esiste *compromettendone* l'unità, rinviando concettualmente a qualcosa di *diverso*, a una forma di *intromissione* (come avviene invece parlando di *eterologia* della PMA). Tale intervento assume più la forma di un'*intercessione*, dell'azione di un soggetto affinché attraverso il pro-

prio dono, attraverso la *cessione* di qualcosa di sé, possa prendere forma il progetto di altri individui, la cui  *differenza* sul piano *relazionale* nulla dice (o meglio, dovrebbe dire) la realizzazione di quel progetto. Ritornando sul piano pragmatico, alla donatrice di ovociti è accordato un regime di tutela rispetto alle assenze sul posto di lavoro (art. L. 1244-5), la cui *ratio* poggia sulla particolare complessità fisica della tecnica di dono, articolata una fase di stimolazione ormonale finalizzata alla produzione di un numero di ovociti maggiore a quello *fisiologico* e al successivo prelievo chirurgico degli stessi<sup>82</sup>. L'art. L. 1244-6 dispone invece per la trattazione dei dati sensibili relativi a donatori, donatrici e coppie riceventi, prescrivendo che un medico, mosso da una "necessità terapeutica", possa ottenere le informazioni mediche "non identificanti" che siano rilevanti per un nato da PMA con dono di gameti<sup>83</sup>.

Considerata la generale scarsità di donatrici, i *Centres d'Etudes et de Conservation des Oeufs et du Sperme* (comunemente noti come CECOS e affiliati ai *Centre Hospitalier Universitaire*), avevano ideato un meccanismo incrociato per soddisfare i pazienti in un lasso di tempo non eccessivo: si trattava di consentire a una coppia, accompagnata da una donatrice, di ricevere gli ovociti da parte della donatrice che accompagnasse un'altra coppia. Con una struttura di *scambio* a chiasmo, pertanto, due coppie erano in grado nel più totale anonimato reciproco di addivenire al compimento della PMA con dono in tempi rapidi. Logicamente, un simile sistema implicava il rischio, non così astratto, che le donatrici portate dalle coppie donassero il proprio consenso dietro pagamento o altra forma di pressione, fors'anche semplicemente emotiva. Così nel CSP è stata introdotta una norma volta a impedire la pratica, stabilendo come il dono di gameti non possa mai risultare subordinato alla presentazione da parte di una coppia di una persona intenzionata a divenire donatore o donatrice per una coppia anonima (art. L. 1244-7). Nella pratica, in ogni caso, il fatto che una coppia presenti a un CECOS un potenziale donatore, specialmente se di sesso femminile, costituisce una ragione per risalire nella graduatoria d'attesa, pur non sussistendo alcun auto-

<sup>82</sup> Sul sistema del dono di ovociti, per quanto riguarda la sintetica spiegazione dei diversi passaggi: AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Don d'ovocytes. Devenez donneuse de bonheur*, [dondovocytes.fr](http://dondovocytes.fr), consultato il 2 dicembre 2017.

<sup>83</sup> La disciplina dell'accesso alle informazioni sanitarie costituisce un intricato campo di analisi, riconducibile per lo più alla *loi n° 78-17 du 6 janvier 1978* «relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés», nonché al controllo della *Commission nationale de l'informatique et des libertés* in merito alla raccolta e alla diffusione delle informazioni personali.

matismo di dono incrociato<sup>84</sup>. Riprendendo una concetto enucleato in precedenza, appare discretamente chiaro come l'art. L. 1244-7 discenda da una visione di *strong paternalism*, vale a dire dall'assunto, da parte del Legislatore, della necessità di tutelare i potenziali donatori, ma soprattutto le potenziali donatrici, dalla pressione di pazienti in attesa di un dono di gameti. Pazienti che, a causa dell'irrefrenabile desiderio di genitorialità, possibilmente estenuati da tentativi falliti di PMA operata con i propri gameti e lunghe attese, potrebbero giungere a comportamenti illeciti, quali il pagamento di un corrispettivo affinché una donna si renda disposta a donare i propri ovuli. Il Legislatore, quindi, assume il ruolo di nume tutelare del consenso di queste potenziali donatrici, sostituendo la propria valutazione *ex ante* con quella *ex post* delle stesse, in un atteggiamento di *benevolente* protezione. In ogni caso, la donatrice deve essere informata dettagliatamente in merito all'*iter* del dono, specialmente in merito ai rischi legati alla stimolazione ovarica e al prelievo chirurgico. Perciò presso i CECOS delle *équipes* interdisciplinari prendono in carico le procedure di dono sin dal primo colloquio, chiarendo anche agli interessati il principio di semplice rimborso delle spese mediche vive sostenute (art. L. 1244-7).

Tra le soluzioni cliniche offerte alle coppie affette da infertilità in Francia, il dono di gameti non è l'unica che implichi il ricorso a un *terzo*. Un'alternativa di rilievo è infatti costituita dall'*adozione* degli embrioni, la cui disciplina di riferimento sarà oggetto della trattazione a seguire.

### 3.9. La specifica tutela apprestata all'embrione umano

Fiumi di inchiostro sono stati versati e ancora scorrono copiosi nel dibattito scientifico, in quello bioetico, e più in generale filosofico, così come in quello giuridico, circa il momento in cui si possa dire *iniziata* una vita. Tuttavia, con buona pace di chi crede di possedere la risposta definitiva al quesito, sembra più opportuno riconoscere la difficoltà che il pensiero umano incontra a pensare il proprio inizio, la cesura profonda tra il *non essere* e il divenire *essere*. L'argomento è allettante, ma non costituisce oggetto d'esame del presente lavoro, invece indirizzato a cercare di meglio definire i legami che si instaurano tra chi già vive e chi, potenzialmente, verrà in vita attraverso un

<sup>84</sup> FULCHIRON H., SOSSON J. (sous la dir.), *Parenté, filiation, origine*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 139.

progetto di genitorialità e i mezzi a esso correlati<sup>85</sup>. Per la medesima ragione si darà conto in modo del tutto sintetico anche degli aspetti concernenti la sperimentazione e la ricerca su cellule embrionali. La trattazione non darà conto quindi del dibattito sullo status morale accordato all'embrione, ma della mera disciplina positiva e dell'intervento giurisprudenziale sulla stessa.

### 3.10. *L'embrione umano nella Legge 40 e i relativi interventi della Corte Costituzionale*

La legge 40 del 2004 stabilisce un regime di tutela rigida dell'embrione umano, scalfita solo parzialmente dalla laboriosità del giudice di legittimità. Infatti, il Capo VI della legge è significativamente intitolato «Misure a tutela dell'embrione», ben lasciando prevedere quale visione abbia ispirato le disposizioni. *In primis*, l'art. 13, primo comma, sancisce il divieto assoluto di qualsivoglia sperimentazione sull'embrione umano, salvo che la l'attività di ricerca sia volta a perseguire obiettivi diagnostici e terapeutici a beneficio dell'embrione stesso e sempre come via residuale (c.2). Sono altresì vietati: la produzione di embrioni umani per scopi diversi da quelli previsti dalla legge (ossia il favorire la soluzione di problemi di infertilità e sterilità; c.3 lett. a); la selezione, manipolazione o altri interventi che alterino il patrimonio genetico di un gamete o di un embrione, nonché che mirino a predeterminare caratteri genetici specifici, eccettuati gli obiettivi diagnostici e terapeutici (c. 3 lett. b); operazioni di clorazione

<sup>85</sup> Pur non potendo dare conto in modo completo, in questa sede, della vasta letteratura sul tema, per un ragguaglio sulle più recenti riflessioni in ambito scientifico si veda DELAUNAY C., *The beginning of human life at the laboratory: The challenges of a technological future for human reproduction*, in *Technology in Society*, 2015, 40, pp. 14-24; per quanto attiene al profilo giuridico italiano, invece si veda SCHUSTER A., *La procreazione selettiva*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., *Il governo del corpo*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (dir. da) *Trattato di Biodiritto*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1409; nella medesima collettanea si rinvia al contributo di CANALE D., *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, pp. 1253-1274; infine, dalla prospettiva psicanalitica si veda DELASSUS J.-M., *La vie prénatale humaine*, in DELASSUS J.-M. (sous la dir. de), *Le corps du désir. Psychanalyse de la grossesse*, Dunod, Malakoff, 2010, pp. 161-172. Infine, relativamente allo status morale da accordarsi all'embrione secondo uno dei più grandi esponenti del pensiero bioetico tradizionale, si vedano le riflessioni di ENGELHARDT H.T. JR., *The Foundations of Christian Bioethics*, M & M Scrivener Press, Salem MA, 2000, pp. 255-261 e, sullo specifico tema della sacralità della vita umana sin dai suoi primi stadi, KUHSE H., *The Sanctity-of- Life Doctrine in Medicine*, Oxford, Clarendon, 1987, pp. 5 ss.

di ogni genere e specie (c. 3 lett. c); nonché «la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere» (c. 3 lett.d). A corollario dei divieti, sono chiaramente poste sanzioni di natura penale (quali la reclusione da 2 a 6 anni e una multa da 50.000 a 150.000 euro; c. 4) e disciplinare (la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale; c.5). *In secundis*, l'art. 14 della legge 40, al primo comma, sancisce il divieto assoluto di provvedere alla crioconservazione e alla soppressione di embrioni (fermo restando, al contempo, il dettato della legge 194/1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza). Inoltre, le tecniche di creazione degli embrioni non devono portare alla produzione di «un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» (c.2). In aggiunta a ciò, era posta un'unica deroga al divieto di crioconservazione, vale a dire la situazione per cui una «grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna» ostacoli il trasferimento nell'utero degli embrioni e tale causa non fosse prevedibile al momento della fecondazione degli stessi. Ciononostante, il trasferimento dovrà essere realizzato «non appena possibile» (c.3). La crioconservazione è invece concessa per i gameti, previo consenso informato e scritto (c.8), e i pazienti hanno diritto a una completa ed esauriente informazione riguardo al numero e alla salute degli embrioni prodotti (c.5). Infine, anche le disposizioni dell'art. 14 sono tutelate dalla presenza di sanzioni di ordine penale (c.6) e disciplinare (c.7).

A dispetto di un'apparente esaustività della disciplina, si può notare come invero manchi una norma espressamente dedicata al delicato tema della diagnosi genetica pre-impianto (PGD). Indubbiamente il combinato disposto di alcune parti degli articoli richiamati può risolvere questo problema, anche se, a fronte delle pronunce della giurisprudenza di legittimità, ciò sia più arduo di quanto si pensi. Tra i numerosi casi di rinvio dei giudici di merito alla Corte Costituzionale in fatto di PGD<sup>86</sup>, relativa alla possibilità di trasmettere al feto delle patologie genetiche ereditarie, una sentenza del Tribunale ordinario di Cagliari, ha gettato maggior luce sull'ambiguità esistente nell'ordinamento italiano tra PGD e diagnosi prenatale (PD)<sup>87</sup>. Quest'ultima consiste in un set di tecniche strumentali e di laboratorio che hanno per scopo l'identificazione di patologie prima della nas-

<sup>86</sup> Trib. Catania ord. 3 maggio 2004; Trib. Roma ord. febbraio 2005; Trib. Firenze ord. 17 dicembre 2007.

<sup>87</sup> Trib. Cagliari n. 3336 del 24 settembre 2007.

cita e si differenzia dalla PGD esclusivamente per il suo realizzarsi a carico di un embrione impiantatosi nell'utero grazie a un concepimento avvenuto con un rapporto sessuale o, in altri termini, senza l'intervento della tecnica medica. Nel caso di specie la ricorrente chiedeva in via d'urgenza la possibilità di accedere alla PGD per verificare lo stato di salute degli embrioni prodotti prima che questi le fossero trasferiti in utero. Il Tribunale di Cagliari, in composizione monocratica, aveva quindi ben sottolineato come la dottrina risultasse del tutto divisa e arroccata su posizioni diametralmente opposte in materia. Una parte di essa, infatti, fondava nell'art. 13 l'illiceità della PGD, mentre un'altra vedeva in essa una forma peculiare di accertamento diagnostico, come previsto dal quinto comma dell'art. 14 della legge 40. Tra le due alternative il giudice Cabitza accoglieva la seconda, non potendo riscontrare nella legge 40 un esplicito divieto alla PGD e attendendosi alla lettera dell'art. 13, che tratta di «ricerca clinica», ossia di quella che è comunemente intesa quale «indagine sistematica volta ad accrescere le conoscenze che si posseggono nell'ambito della "clinica" e cioè di quella branca della medicina volta alla diagnosi, allo studio e alla cura delle malattie attraverso l'osservazione diretta degli ammalati». In questo senso la PGD risulterebbe come indagine *mirata*, specificamente rivolta alla cura di un *determinato* paziente. Nondimeno, sussisteva secondo il giudice il diritto a una consapevolezza piena rispetto alla scelta in fatto di trattamenti sanitari, vale a dire, in termini bioetici, il principio base dell'*autonomy*; nel caso di specie ciò concordava con il diritto a una gravidanza pienamente *consapevole* sia in una prospettiva fisica (svolgimento fisiologico della gravidanza), sia in una psicologica (preparazione dei genitori rispetto a una patologia invalidante del nascituro). Inoltre, per la prima volta veniva sottolineata l'illegittimità delle Linee Guida ministeriali emanate a seguito della legge 40, nella misura in cui avevano disposto che l'indagine sullo stato di salute dell'embrione (ex art. 14 c.5) potesse essere esclusivamente di « di tipo osservazionale ». Infine, il giudice aveva rimarcato come il diverso trattamento accordato a DGP (tendenzialmente vietata per l'interpretazione restrittiva fornita dalle Linee Guida succitate) e DP (lecita e, in parte, a carico del Servizio sanitario nazionale) costituisse un'evidente violazione del principio di uguaglianza sotto il profilo della ragionevolezza. Infatti, le situazioni considerate risultavano sostanzialmente analoghe, avendo come scopo quello di garantire agli interessati un'adeguata informazione sullo stato degli embrioni. Occorreva dunque procedere a un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa, riconoscendo come il diverso metodo di *formazione*

dell'embrione non costituisse *ratio* idonea a legittimare due trattamenti differenti, se non a costo di incorrere nella violazione del principio di ragionevolezza. Medesima impostazione si riscontra nella sentenza del TAR Lazio che, di lì a poco, aveva annullato le Linee guida ministeriali, per eccesso di potere, nella parte in cui statuivano che indagini circa la salute dell'embrione dovessero essere esclusivamente *osservazionali*<sup>88</sup>.

Facendo seguito al rinvio da parte del TAR Lazio, contenuto nella sentenza appena vista, e di due pronunce del Tribunale di Firenze<sup>89</sup>, la Corte Costituzionale è invece intervenuta a dichiarare l'illegittimità di alcune parti dell'art.14<sup>90</sup>. Nello specifico, del secondo comma, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», e del terzo comma, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. Così facendo, il giudice di legittimità ha consentito la disapplicazione di quelle norme fondate sull'irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse (art. 3 Cost.), e implicanti una possibile lesione del diritto alla salute della donna (art. 32 Cost.), potenzialmente obbligata a sottoporsi a reiterate stimolazioni ovariche. In altri termini, l'originaria disposizione che vincolava alla creazione di un numero massimo di tre embrioni era fondata su una valutazione *ex ante* del tutto priva di connessione con le concrete condizioni di salute della singola paziente considerata. Pertanto il Legislatore non solo regolava situazioni dissimili in modo eguale (violando l'art. 3 Cost.), ma precludeva al medico la possibilità di vagliare ciascun caso, imponendogli invece un protocollo fisso in grado di aumentare esponenzialmente i rischi di insorgenza di patologie collegate all'iperstimolazione ovarica e alle c.d. "gravidanze plurime" (violando così l'art. 32 Cost.)<sup>91</sup>. A rimanere in piedi, in ogni caso, è il prin-

<sup>88</sup> TAR Lazio del 21 gennaio 2008, n. 398.

<sup>89</sup> Trib. Firenze ord. 11-12 luglio 2008; Trib. Firenze ord. 26 agosto 2008.

<sup>90</sup> Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151.

<sup>91</sup> Da questo punto di vista, in una recente raccolta di testimonianze e analisi dei profili giuridici e morali della Legge 40, una donna ha sottolineato come «[t]ra chi condanna le tecniche riproduttive ho sentito spesso invocare il bombardamento ormonale come un buon motivo per sostenere la legge 40 e restringere l'accesso alle tecniche. È bizzarro, perché prima della legge i medici erano attenti, bilanciavano i dosaggi anche a seconda della risposta della singola persona, Dipendeva da molti fattori. Con la legge 40 è diventato obbligatorio uno standard procedurale che è indifferente a tutte le variabili»; vd. GALLO F., LALLI C., *Il legislatore cieco. I paradossi della legge 40 sulla fecondazione assistita*, Editori Internazionali Riuniti, Lavis - Trento, 2012, p. 165.



cipio secondo cui nella messa in pratica delle tecniche di PMA non debbano essere creati un numero di embrioni superiore a quello ritenuto strettamente necessario rispetto al quadro clinico dei pazienti di specie. La sentenza in esame, per altro, ha introdotto quindi l'implicita deroga al generale divieto di crioconservazione, dovendosi evidentemente poter conservare gli embrioni non trasferiti.

Un più recente intervento della Corte Costituzionale ha poi definitivamente sovvertito l'ordine di pensiero del legislatore della legge 40, arrivando a dichiarare incostituzionali l'art. 13, c. 3, lett. b), e c. 4 (nella parte in cui prevede come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto di embrioni affetti da malattie genetiche) della legge 40<sup>92</sup>. Il giudice di legittimità ha in questo senso richiamato la propria sentenza n. 96/2015, in cui aveva riscontrato l'illegittimità della legge 40, laddove non riteneva lecito il ricorso alla PMA da parte di coppie fertili affette da gravi malattie genetiche. Invero «quanto è divenuto così lecito, per effetto della suddetta pronuncia additiva, non può dunque – per il principio di non contraddizione – essere più attratto nella sfera del penalmente rilevante». Nella medesima pronuncia la Corte ha poi confermato come il disposto dell'art. 14 c.1 in merito al divieto di soppressione degli embrioni non violi in alcun modo il dettato costituzionale. Infatti, in virtù del principio di riserva di legge, corollario del principio di legalità penale, spetta esclusivamente al Legislatore il potere di stabilire quali possano essere le condotte pienamente rilevanti. Tale discrezionalità può costituire oggetto di valutazione da parte della Corte Costituzionale solo qualora il suo esercizio integri un uso distorto o arbitrario, così da risultare manifestamente in violazione con il principio di ragionevolezza. Pertanto, il precetto punitivo del Legislatore è stato ancorato alle considerazioni svolte dal Giudice delle leggi in una pronuncia più datata, laddove, a prescindere dall'effettiva soggettività giuridica dell'embrione, aveva tassativamente escluso la riducibilità dello stesso a mero materiale biologico. Ciò in quanto esso risultava portatore di una specifica dignità giuridica, nonché di un valore di rango costituzionale protetto dall'art. 2 Cost.<sup>93</sup>. Ebbene, benché la tutela dell'embrione vada esente dal bilanciamento dei principi costituzionali, essa rimane sensibile a un eventuale "affievolimento" qualora si ponga in conflitto con interessi di analogo rilievo costituzionale. Si tratta dei casi, in parte già evidenziati, nei quali la protezione dell'embrione si

<sup>92</sup> Corte cost. 11 novembre 2015, n. 229.

<sup>93</sup> Cass. n. 151, 1 aprile-8 maggio 2008.

trovi in contrasto con le esigenze riproduttive della coppia o con il diritto alla salute della donna fertile, ma portatrice di grave malattia genetica ereditaria. Conseguentemente, nessuna soluzione è stata apportata all'aporia della crioconservazione *sine die* degli embrioni concepiti *in vitro* e non trasferiti in utero, gli embrioni c.d. soprannumerari, che ancora oggi non possono né venir distrutti, né donati ad altre coppie o, come si vedrà a breve, alla ricerca scientifica.

Infine, relativamente al divieto di ricerca sugli embrioni, la legge 40 non è andata incontro né alla censura della Corte Costituzionale, né a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. La seconda ha infatti negato che il divieto di ricerca sugli embrioni crioconservati (art. 13) possa integrare una violazione dell'art. 8 ECHR, basata sulla considerazione degli embrioni alla stregua di "*possessions*"<sup>94</sup> riconducibili quindi al primo protocollo addizionale della Convenzione<sup>95</sup>. La Corte Costituzionale, da parte sua, ha dichiarato l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze<sup>96</sup> relativa al divieto di utilizzare gli embrioni soprannumerari per finalità di ricerca, qualora essa non sia volta alla tutela dello stesso<sup>97</sup>. Il giudice di legittimità ha in quest'occasione ricordato il proprio vincolo a non poter intervenire nella modulazione di un modello bioetico, rimanendo questo nella disponibilità del potere legislativo e dovendo invece la Suprema Corte esercitare il proprio giudicato nella forma di un'esclusione dei modelli bioetici non conformi al dettato costituzionale. In altri termini, il bilanciamento tra libertà di ricerca e tutela dell'embrione costituisce una «scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al [suo] sindacato».

L'embrione umano nella disciplina della PMA e nella sua interpretazione da parte della Corte Costituzionale, pertanto, assume il ruolo di *soggetto* titolare di un diritto al rispetto della propria esistenza. Tale diritto riceve sovente, nel suo bilanciamento rispetto alle istanze di altri soggetti, l'asseverazione della propria preminenza a partire dall'assunto per cui «l'embrione, infatti, quale che sia il più o meno ampio riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della

<sup>94</sup> Sulla difficoltà di stabilire una definizione univoca del concetto di "*possessions*" ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo dell'ECHR, si veda DROOGHENBROECK S., *The concept of "possessions" within the meaning of Article 1 of the First Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *The European Legal Forum* (E), 7-2000/01, pp. 437 - 444.

<sup>95</sup> *Parrillo v. Italy*, n. 46470/11, 27 agosto 2015.

<sup>96</sup> Trib. Firenze ord. n. 166 del 2013.

<sup>97</sup> Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84.

vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»<sup>98</sup>. Da questo punto di vista ci si potrebbe dunque domandare per quale ragione l'ordinamento italiano non abbia previsto alcuna clausola di donazione, o meglio, *adozione*, degli embrioni. La risposta, come si potrà vedere in seguito, andrà ricercata nello stesso spazio riservato alla PMA *eterologa*, intesa come forma di *compromissione* della coppia e della sua unità. Allo stato attuale della legislazione italiana, tuttavia, migliaia di embrioni soprannumerari vengono stipati nelle celle di crioconservazione, destinati a estinguersi con il trascorrere del tempo. Infatti, salvo i rari casi nei quali le coppie tornano a rivolgersi ai centri autorizzati per impiegare gli embrioni non trasferiti durante il ciclo di IVF in cui sono stati creati, essi sono destinati al progressivo decadimento e all'inevitabile estinzione, senza possibilità di venire né donati, né impiegati per la ricerca.

### 3.11. *L'embrione umano nel Code de la Santé Publique*

Nuovamente, nel paragone tra la normativa italiana e quella francese, ci si deve confrontare con due panorami molto differenti. Nella *Deuxième partie* del CSP, infatti, il *Titre V* è rubricato «Recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires», rendendo chiaro come il punto di osservazione della materia sia già in sé differente. La disciplina riguardante le attività svolgibili sull'embrione non viene preliminarmente annunciata da un'intenzione *protettiva*, bensì da una *pro-attiva*. Tenendo in conto come «[u]n embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation», come stabilito dall'art. L. 2141-1 CSP. Innanzitutto, il CSP riprende l'art. 16-4 c.c. enunciando come sia vietata qualsiasi attività che abbia per scopo quello di far venire al mondo un bambino geneticamente identico a un'altra persona, sia essa viva o deceduta (art. L2151-1). Ugualmente vietate sono: la produzione *in vitro* o la clonazione di un embrione finalizzate alla ricerca (art. L2151-2) o a fini commerciali o industriali (art. L2151-3), la creazione di embrioni «*transgéniques ou chimériques*» (art. L2151-2) e la clonazione di embrioni umani a scopi terapeutici (art. L2151-4). Non solo, il CSP vieta il c.d. *double don*, imponendo che in un percorso di PMA con dono, l'embrione «ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple» (art. L. 2141-3). Posti questi limiti generali, l'art. L2151-5 regola al in modo artico-

<sup>98</sup> Corte cost. 11 novembre 2015, n.229.

lato la possibilità di svolgere ricerca sull'embrione e sulle cellule embrionali, a cominciare dalla necessità che ciascun'attività sia preventivamente autorizzata dall'*Agence de Biomédecine*<sup>99</sup>. Per ottenere tale approvazione, il protocollo di ricerca deve avere un solido fondamento scientifico, una finalità medica e il ricorso all'embrione deve costituire un'opzione residuale e necessaria. A monte di tali requisiti vi è ovviamente l'esigenza che il protocollo rispetti dei principi etici non meglio definiti. La norma prosegue sancendo come simile ricerca debba essere svolta esclusivamente a partire da embrioni concepiti nell'alveo di una procedura di IVF e qualora il progetto genitoriale alla base della stessa sia venuto meno. Perché ciò avvenga occorre ottenere il consenso della coppia (o del membro superstite) da cui l'embrione è stato generato, avendo cura di informarla debitamente anche delle possibili alternative, vale a dire della possibilità di "accueil" degli embrioni da parte di un'altra coppia<sup>100</sup> o della semplice cessazione della conservazione degli stessi. Il consenso può essere revocato finché il protocollo sperimentale non sia iniziato e, perché sia valido, è necessario che sia confermato dopo tre mesi dalla prima dichiarazione. Inoltre, l'art. L2151-5 specifica come non sia in alcun caso consentito il re-utilizzo degli embrioni in questione al fine di ottenere una gravidanza. In aggiunta, è consentita la ricerca *biomedica*, e non sperimentale, tanto sui gameti, quanto sugli embrioni destinati al trasferimento in utero: ciò significa che nessuna perplessità può sorgere rispetto alla liceità della PGD nell'ordinamento francese. Oltre a ciò, l'art. L2151-6 prevede che, sotto la vigilanza dell'*Agence de la biomédecine*, siano permesse l'importazione e l'esportazione di embrioni e cellule embrionali mirate alla ricerca scientifica. Infine, è

<sup>99</sup> Agenzia pubblica nazionale dello Stato francese, istituita dalla *loi de bioéthique* nel 2004. L'*Agence* esercita le proprie funzioni di consulenza scientifica e politica, nonché di promozione della ricerca, nel campo del prelievo e trapianto di organi, tessuti e cellule, della procreazione, dell'embriologia e della genetica umana. L'autorizzazione a un protocollo sperimentale sull'embrione è rilasciata dopo la verifica di sussistenza dei requisiti e, in caso di rifiuto legato alla pertinenza scientifica o ai canoni etici, è previsto un riesame dopo trenta giorni. L'*Agence* ha inoltre il potere di sospendere o interrompere in qualunque momento un protocollo, qualora rinvenga la violazione di norme legislative o regolamentari. Infine, è sempre l'Agenzia a occuparsi del rilascio delle licenze per i centri autorizzati a conservare od operare su embrioni e cellule embrionali (art. L2151-7).

<sup>100</sup> L'*Agence de la biomédecine* definisce l'«accueil d'embryons» come «a technique d'AMP qui permet à un couple infertile (dit couple receveur) de bénéficier de chances supplémentaires de grossesse par le don d'embryons d'un autre couple (dit couple donneur) n'ayant plus de projet parental» in *Glossaire, L'accueil d'embryons, brochure sur les Informations pour les couples receveurs*, 2014.

chiaramente stabilito come nessun ricercatore, ingegnere, tecnico o ausiliario di laboratorio sia *tenuto* a prendere parte a un protocollo sperimentale (art. L2151-7-1), prevedendo così il CSP la liceità dell'obiezione di coscienza in questo settore.

Un ulteriore richiamo va operato nei confronti del c.d. *accueil d'embryon*, inteso dal Legislatore francese come un *unicum*, ma la cui interpretazione è scissa in due elementi dall'*Agence de la Biomédecine*. Da un lato vi è il "*don d'embryon*", che non compare come atto autonomo nel CSP, mentre dall'altro l'*accueil* effettivo. Come si è avuto modo di sottolineare, l'embrione umano può essere *realizzato* esclusivamente come obiettivo di una PMA, quindi con un legame genetico con *almeno* un genitore, e mai con un duplice dono di gameti. Le norme che riguardano il dono e la ricezione dell'embrione costituiscono un nucleo piuttosto complesso. Innanzitutto l'art. L2141-4 stabilisce come a poter donare i propri embrioni, creati in laboratorio al fine di una PMA, siano quelle coppie nelle quali al momento della fecondazione dell'ovocita la donna non abbia superato i 38 anni e l'uomo i 45. Il dono dell'embrione diviene un'opzione qualora uno dei due membri della coppia sia mancato o oppure nel caso in cui entrambi siano in vita, ma il progetto familiare sia venuto meno, per nascita o meno di uno o più figli, o nel caso in cui la coppia intenda separarsi. In ogni evenienza, la clinica responsabile del percorso di cura della coppia è tenuta a richiedere annualmente quali siano le disposizioni circa gli embrioni, ricordano la possibilità non solo di donarli ad altre coppie, ma anche di donarli alla ricerca. Affinché la conservazione cessi è necessaria l'espressione o di una richiesta *ad hoc* da parte della coppia o di un consenso alla domanda posta dalla clinica, entrambi da prodursi per iscritto e dopo un'attesa di un minimo di tre mesi. La conservazione degli embrioni viene meno automaticamente dopo cinque anni se la coppia non è concorde circa le sorti degli stessi o se risulti impossibile contattarne uno o entrambi i membri. Qualora la coppia, o il soggetto sopravvissuto, decida di donare gli embrioni crioconservati, si rende necessario un incontro con l'*equipe* interdisciplinare del centro di cura, al fine di stilare un nuovo prospetto dello stato di salute della coppia ed eventualmente, se richiesto, offrirle un supporto psichico (art. R 2141-2). In seguito, il responsabile del trattamento di PMA è tenuto a verificare che gli accertamenti svolti all'epoca della creazione dell'embrione siano corretti e che non vi sia rischio di trasmissione del virus HIV (1 e 2), dell'epatite B e C, nonché di sifilide (art. R 2141-4). Ottenuto il consenso pienamente informato della coppia donante, il medico responsabile ha il dovere di trasmetterne due esemplari al *tribunal de*

*grande instance* competente a livello territoriale, al fine di poter dar luogo all'audizione della coppia che abbia donato il proprio consenso o, nel caso, al solo membro superstite. Un esemplare del documento, validato dal giudice, fa quindi ritorno presso la struttura sanitaria al fine di effettuare il dono (art. R 2141-5). Tale documento va a costituire il primo elemento di un dossier contenente la totalità delle informazioni sanitarie, rese anonime, relative alla coppia donante (precedenti patologie della coppia o dei parenti, test condotti prima della fecondazione, etc), nell'evenienza in cui il nascituro possa, per ragioni esclusivamente terapeutiche, chiederne l'accesso al medico responsabile (art. R 2141-7). Esattamente come nel caso del dono di gameti, anche il dono degli embrioni mantiene le caratteristiche di volontarietà, gratuità e anonimato. Per quel che concerne la coppia ricevente, in modo del tutto analogo è prevista un'informazione integrale e dettagliata circa la pratica dell'*accueil d'embryon* (art. R 2141-8), nonché di supporto psicologico nella forma di almeno un incontro con gli specialisti del centro di cura (art. R 2141-9). La richiesta della coppia ricevente, i requisiti della quale sono i medesimi di accesso a una PMA senza dono, deve anch'essa venir validata dal *tribunal de grande instance* competente a livello territoriale (art. R 2141-11). Il dossier dell'embrione viene quindi completato con l'identità della coppia che lo ha ricevuto, ma sempre senza alcuna menzione della coppia di *origine* (art. R 2141-12). Il medico responsabile di trasferire l'embrione nell'utero della ricevente non può procedere in assenza del documento vidimato dal *tribunal de grande instance* (art. R 2141-13). La tecnica dell'*accueil d'embryon* è relativamente recente e ha consentito la nascita della prima bambina, Clara, nel 2004 e di altri 150 soggetti fino al 2016 <sup>101</sup>.

Dalla sintetica indicazione e comparazione delle norme riguardanti l'embrione umano, sembra proficuo enucleare alcune rapide conclusioni. *In primis*, nell'impossibilità di rinvenire una definizione di che cosa sia l'embrione umano, appare confermata la difficoltà dei legislatori di stabilire con precisione quando si possa cominciare a parlare di *vivente*. Indubbiamente un embrione umano possiede, sin dai primi stadi di sviluppo, alcune caratteristiche del tutto compatibili con il concetto di *vita*, a partire dalla capacità di accrescersi e sviluppare un insieme di funzioni in grado di garantirgli un costante sviluppo. Tuttavia, alla base della nozione di *vita* così come attesa dagli ordinamenti contemporanei, difficilmente un forma di esistenza

<sup>101</sup> AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *L'accueil d'embryons*, Informations pour les couples receveurs, 2016.

meramente biologica può soddisfare i requisiti atti a identificare la vita umana, nell'insieme delle sue sfaccettature più complesse, inerenti al concetto di *personalità*. In questo senso il legislatore francese ha compiuto una scelta le cui radici affondando in profondità in uno dei principi informatori dello spazio pubblico francese: la *laïcité*. In questo senso, ogni diatriba circa lo *status* morale dell'embrione e dei suoi derivati è stata espunta dal sistema, pur nel rispetto della libertà individuale, consentendo infatti ai professionisti del settore biologico e medico di astenersi da interventi non conformi ai propri principi morali. L'embrione umano, tuttavia, non si vede riconoscere nell'ordinamento francese uno spazio autonomo quale *soggetto* di diritto, bensì uno spazio del tutto dipendente dalle sue fonti di produzione, vale a dire dai due soggetti i cui gameti hanno consentito la sua creazione. L'embrione umano è dunque meritevole di tutela in quanto *parte* di un'esistenza già in atto, che di lui può disporre esercitando liberamente la propria autodeterminazione e decidendone quindi la distruzione o la donazione alla ricerca, piuttosto che ad altri soggetti. Certamente, una forma di *paternalisme doux* si riscontra laddove il Legislatore richiede ai soggetti interessati di attendere un determinato lasso di tempo al fine di confermare la volontà espressa circa le sorti dell'embrione, ossia di quella *parte di sé* alla quale essi *conferiscono* un determinato significato. Un significato che può insistere sul *biologico* quando si scelga di donare l'embrione a fini di ricerca, così come sull'*umano*, quando invece si opti per la sua donazione a un'altra coppia. Manifestamente differente è la visione del Legislatore italiano, laddove già in sede di redazione delle norme opta per la significativa rubrica «Norme a tutela dell'embrione». Il Legislatore dunque fornisce due implicite premesse: l'embrione è un *soggetto* (in quanto la tutela si rivolge all'embrione *in sé* e non a un *diritto* sullo stesso) e, nello specifico, un soggetto meritevole di *protezione*. Le norme del Capo VI della legge 40 gettano luce senza difficoltà sul grande problema dello scontro tra *profano* e *religioso*<sup>102</sup> che si consuma sul campo della bioetica e della biomedicina in Italia. In questo senso, Canestrari ha perfettamente spiegato<sup>103</sup> come l'ordinamento risenta di posizioni politiche polarizzate tali da poter asseverare l'immagine dipinta da Engelhardt di una «bioetica contemporanea come terreno di scontro tra paradigmi contrapposti», governata dalla «cacofonia di

<sup>102</sup> NERHOT P., *Lettura del "Discorso sull'origine e i fondamenti della disuguaglianza tra gli uomini" di Jean-Jacques Rousseau*, Giappichelli, Torino, 2015.

<sup>103</sup> CANESTRARI S., *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 14-15.

differenti narrazioni competitive»<sup>104</sup>, in aperta contrapposizione con l'ideale di Habermas di una «sfera pubblica polifonica»<sup>105</sup>. Invero, l'embrione è un *soggetto* e, anzi, è uno tra i *soggetti* che la legge 40 al primo articolo si prefissa di tutelare: il *concepito*, sebbene non venga esplicitato, non è solamente il nascituro, cioè quel soggetto al quale l'ordinamento riconoscerà un ventaglio di posizioni giuridiche soggettive legate alla sua *personalità*. Il *concepito* è anche e soprattutto l'embrione, visto e considerato come le norme a sua tutela abbiano a obiettivo il garantirne lo sviluppo, affinché nulla di possibilmente evitabile (come l'intromissione di un'*equipe* sperimentale) si frapponga tra l'incontro dei gameti e la nascita dell'individuo. Un individuo che, in conclusione, nella prospettiva del Legislatore del 2004 è già tale nel momento del concepimento, della fecondazione dell'ovulo da parte dello spermatozoo. Un'impostazione che denota un'unica possibile provenienza concettuale, sulla quale, nel presente lavoro, non si ha interesse a soffermarsi.

### 3.12 *L'obiezione di coscienza rispetto alle tecniche scientifiche che coinvolgono l'embrione*

A corollario delle testé svolte considerazioni, si noti come il CSP francese riconosca il diritto del personale sanitario di non essere costretto a portare a termine esperimenti su embrioni umani (art. L2151-7-1), mentre di ben altra ampiezza si manifesti l'obiezione di coscienza come concepita dal Legislatore italiano del 2004. L'art. 16 della legge 40, infatti, consente al personale sanitario di non prendere parte all'intero *iter* di PMA «quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione». Estremamente irrazionale appare poi la lettura sinottica del primo e del secondo comma della norma, laddove il primo richiede che la suddetta dichiarazione sia espressa entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, mentre il secondo specifica come possa perfettamente «venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al comma 1», oltre che poter essere, questo ovviamente, sempre revocata. Infine, l'obiezione produce un effetto esonerante per il personale sanitario per quel che concerne l'espletamento delle procedure di PMA in loro, ma non per l'assistenza medica precedente e seguente le stesse (art. 16, c.3). Nell'ordinamento francese, tuttavia,

<sup>104</sup> ENGELHARDT H.T. JR., *Bioetica secolare/laica*, in RUSSO G. (a cura di), *Enciclopedia di bioetica e sessuologia*, Elledici, Torino, 2004, p. 378.

<sup>105</sup> HABERMAS J., *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002, p. 107.



è presene la possibilità di opporre «à une situation individuelle donnée la clause de conscience générique prévue par l'article R4127-47 du code de la santé publique», anche se «il paraît juridiquement impossible de créer une clause de conscience spécifique à l'AMP qui ciblerait certains publics»<sup>106</sup>.

### 3.13 La tutela dell'embrione umano in qualità di nascituro

Poste queste premesse, urge volgere lo sguardo alla disciplina relativa al soggetto che, negli ultimi quarant'anni, è andato assumendo il ruolo primario sulla scena dell'*iter* di PMA. Un dato non del tutto scontato, se si considera come il principio secondo cui «[i]n all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration»<sup>107</sup> sia stato formulato a livello internazionale solo nel 1990. Logicamente nel settore di riferimento gli interessi del bambino non risultano solo molteplici, ma soprattutto poliedrici.

Il legislatori italiano e quello francese hanno così studiato un sistema relativamente analogo di tutela del nascituro, per quel che concerne l'impiego del principio di *autonomy* dei futuri genitori, nella forma del loro *consenso*, quale cardine del sistema. Una prima differenza sostanziale giace là dove la legge 40 vietava la PMA *eterologa*, mentre sin dalla prima *loi bioéthique* la PMA con dono di gameti è stata considerata lecita. Un'ulteriore distinzione è quella concretizzata dalla prima norma del Capo III della legge 40 («Disposizioni concernenti la tutela del nascituro»): «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia» che abbia manifestato il proprio consenso (art. 8). Ebbene, una simile specificazione non è prevista dall'ordinamento francese, lasciando chiaramente intendere che l'intervento medico nel concepimento di soggetto *geneticamente* legato alla coppia non rileva al fine del rapporto di filiazione. L'intervento medico nulla muta dunque rispetto al concepimento a seguito di un rapporto sessuale.

<sup>106</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018, p. 66. L'art. R. 4127-47 del CSP prevede infatti come «un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles».

<sup>107</sup> Art. 3 c. 1 della UN GENERAL ASSEMBLY, *Convention on the Rights of the Child*, General Assembly resolution 44/25 of 20<sup>th</sup> Nov. 1989, 1990.

L'art. 9 della legge 40, invece, percorre i medesimi passi del Code civil (CC) francese, nella misura in cui dispone il divieto di disconoscimento della paternità. Il primo comma, infatti, disciplina il caso di espletazione di una PMA *eterologa* in violazione della legge, sancendo il suddetto divieto nei confronti dell'uomo che opti per tale pratica. Il terzo comma, in modo complementare, prevede che «il donatore di gameti non acquisisc[a] alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non [possa] far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi»<sup>108</sup>. Similmente, l'art. 311-19 CC prescrive da un lato il non venir in essere del legame di filiazione tra donatore e nascituro e dall'altro il divieto di intentare qualsivoglia azione di responsabilità nei confronti del donatore. Ciò a fronte del consenso preliminarmente espresso dalla coppia, finalizzato a rendere univoco il futuro rapporto di filiazione sin dai primi momenti di attuazione della pratica medica. Il Code civil, a maggior garanzia degli interessi che scaturiscono da simile attività, richiede che la coppia fornisca il consenso in questione alla presenza di un giudice o un notaio (art. 311-20 CC § 1). La volontà così manifestamente espressa è utile anche a impedire il ricorso a ogni azione volta all'instaurazione o alla contestazione della filiazione, a meno che non sia addotto o che il concepito non sia tale in funzione di una PMA o che il consenso non sia stato “*privé d'effet*” (art. 311-20 § 2). Ciò può verificarsi in diversi casi: qualora intervenga il deposito di una richiesta di divorzio o separazione, qualora cessi di fatto la comunanza di vita della coppia o qualora venga semplicemente ritirato davanti a un medico responsabile delle operazioni. Perché il consenso cessi di produrre i propri effetti, tuttavia, le condizioni indicate devono sussistere *prima* della realizzazione della PMA (art. 311-20 § 3). Inoltre, colui che esprima il consenso e non riconosca il bambino una volta nato, vede sorgere la propria responsabilità verso di lui e verso la made (art. 311-20 § 4) e il suo legame di paternità viene dichiarato per via pretoria (art. 311-20 § 5).

Infine, una peculiarità del sistema italiano si rintraccia nel secondo comma dell'art. 9 della legge 40, dedicato all'indicazione di una clau-

<sup>108</sup> L'art. 9 informa il principio della “responsabilità per la procreazione”, secondo cui è genitore, secondo la prevalente giurisprudenza sul tema, colui o colei che volontariamente, liberamente e consapevolmente si assume la responsabilità della nascita di un individuo, che ciò avvenga sia a mezzo di un rapporto sessuale, sia a mezzo di tecniche di PMA *eterologa*. Il principio include altresì la responsabilità verso la crescita del nascituro e del nato. Nel 1988 la Corte costituzionale a questo proposito aveva per prima espresso il principio dell'inattuabilità del disconoscimento di paternità se il coniuge aveva prestato consenso alla PMA con dono di gameti. Sentenza Corte costituzionale del 26 settembre 1988, n. 347.

sola circa il rapporto di filiazione in linea materna. Invero, la donna che si sottopone a una pratica di PMA si vede vietato il diritto a non essere nominata al momento del parto<sup>109</sup>. Una simile norma non è rintracciabile in alcun modo nell'ordinamento francese, che pure regola nel dettaglio questo diritto tipicamente femminile. Al momento del parto la donna può indubbiamente chiedere che tanto il suo ricovero, quanto la sua identità siano sottoposte al segreto (art. 326 CC), tuttavia nulla è disposto circa la medesima possibilità qualora la gravidanza sia frutto di una PMA. La *ratio* a fondamento della scelta del Legislatore italiano appare però coerente con quell'impostazione di pensiero già richiamata, che unisce in sé due idee essenziali. La prima è la distinzione tra natura e cultura, tra un concepimento *naturale* e uno frutto dell'*artificio*, tra la semplice unione *carneale* della coppia e l'intromissione della *tecnica* (specificatamente medica) nello stesso. La seconda, invece, è una sfumatura paternalistica ascrivibile, a parere di chi scrive, a una diffusa attitudine di dubbio nei confronti della solidità volitiva della donna. Il Legislatore garantisce perciò il *bene* del nascituro, assumendo implicitamente che la madre non ne sia in grado. Conducendo alle estreme conseguenze tale ragionamento, si potrebbe desumere che il Legislatore del 2004 abbia reputato il desiderio di maternità un *capriccio*, avverso il quale dover intervenire per difendere il figlio *dalla* madre. Non dovrebbe dunque sollevare perplessità il fatto che, in sede di lavori preparatori della Legge 40, numerosi critiche siano state rivolte a questa previsione<sup>110</sup>. Certamente le possibilità che una donna, a seguito degli sforzi di ordine economico, psicologico e fisico sostenuti al fine di ottenere una gravidanza attra-

<sup>109</sup> Così come previsto i sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

<sup>110</sup> Tra gli interventi più significativi vi è quello dell'on. Katia Zanolini (Democratici di Sinistra) in sede di assemblea della Camera dei deputati (Seduta n. 408 di lunedì 19 gennaio 2004): «Siamo di fronte ad una legge oscurantista e proibizionista e ciò proprio per i suoi contenuti e per la meccanicità e il materialismo greve di cui è impregnata. Si sostituiscono divieti, paure e condanne a sostegni alla libertà di scelta e all'assunzione di responsabilità degli individui. Il diritto del concepito prevale sui diritti di chi lo ha concepito, ce lo siamo dette molte volte! Quando ci si muove nell'ottica di difendere il concepito contro la madre e non con la madre, proponendo un conflitto tra soggetti, quando si depotenzia il principio del diritto alla salute della madre, che è persona anche quando non ha figli per vie naturali [...], quando si preclude alla madre la possibilità di dichiarare le volontà di non essere nominata, si dà vita ad una legge - e lo ripeteremo instancabilmente dentro e fuori questo Parlamento - che reca offese inaccettabili alle donne, alla loro titolarità sulle questioni della nascita e della procreazione».

verso la PMA, giunga a chiedere di non essere nominata sono alquanto esigue. Ciò non di meno, serve tenere a mente come, in vigore della legge 40 così come promulgata, i divieti posti rispetto al ricorso alla diagnosi genetica pre-impianto, alla crioconservazione degli embrioni, nonché alla produzione «di un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», andava a costruire uno scenario piuttosto cupo entro cui collocare delle *libere* scelte in fatto di diritti riproduttivi. In un certo senso, quindi, l'art. 9 c.2 della legge 40 si iscriveva, forse per l'unica volta nell'integralità del proprio testo, in un quadro di coerenza verso se stessa e verso l'ordinamento in generale. Si trattava infatti di richiedere *formalmente* alla donna di prestare il proprio consenso in una serie di occasioni, pur rendendo lo stesso *sostanzialmente* privo di significato, essendo del tutto orientato *a priori* allo scopo di dare alla luce il concepito. Salvo che, e qui si rinvia la massiccia questione di coerenza, più volte sottolineata dalla Corte Costituzionale come violazione del principio di ragionevolezza, il ricorso alla legge 194 del 1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza rimanesse ovviamente del tutto lecito, seppur implicitamente del tutto osteggiato dalla maggioranza parlamentare che approvò il testo<sup>111</sup>.

Con la sentenza 162/2014, la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionali i commi primo e terzo dell'art. 9, avendo a monte sancito l'illegittimità costituzionale del divieto di PMA *eterologa* in sé. Pertanto è stato operato un rinvio a un intervento del Legislatore a riguardo dell'*an* e del *quomodo* del diritto all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato, da

<sup>111</sup> *Ibidem*, l'on. Zanotti supponeva infatti come la maggioranza parlamentare fosse poco propensa a tutelare i capisaldi della legge 194/1978: «Invito l'onorevole Burani Procaccini [...] ad affermare con chiarezza, a conclusione del suo ragionamento che ha molto insistito sul diritto alla vita, alla nascita e sul diritto del concepito, cosa intenda fare della legge n. 194 del 1978. A quanto pare, non avete il coraggio di dirlo fino in fondo! Affermo ciò in quanto ritengo che questo provvedimento sia ispirato ad un impianto etico univoco non discutibile. [...] Mi riferisco, ad esempio, al congelamento degli ovociti, invece che degli embrioni, alla lista delle patologie genetiche per svolgere la diagnosi preimpianto, all'esame di idoneità delle coppie - così come avviene per l'adozione - per una donazione responsabile di gameti, anziché il divieto totale previsto in questo testo. Su questa base si potevano mettere d'accordo le ragioni di tanti e di tantecerto non di tutti; le proposte sono state tutte respinte perché a voi, colleghi della maggioranza, interessava, avvalendovi di questo provvedimento e scegliendo una delle posizioni in campo, convalidare ciò che il dibattito scientifico non ha mai risolto».

parte dei genitori adottivi<sup>112</sup>. Ciò al fine di garantire adeguata tutela al diritto alla c.d. identità genetica del nascituro, ritenendo la Corte che a essere regolato fosse il medesimo tema, seppur da una prospettiva differente. Sempre in quest'ottica è stato sottolineato come non solo fosse già stato «infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti»<sup>113</sup>, ma anche ribadita simile impostazione nella misura in cui l'irreversibilità del segreto era stato giudicata illegittima rispetto ai principi contenuti dagli art. 2 e 3 Cost.<sup>114</sup>. In quest'ultima occasione il giudice di legittimità aveva anche sollecitato l'intervento del Legislatore acciocché nuove norme venissero poste con un doppio obiettivo: vagliare la perdurante attualità della scelta messa in atto dalla madre naturale e, simultaneamente, garantire in modo scrupoloso il suo diritto all'anonimato.

A seguito di tre interventi giurisprudenziali che si sono precedentemente analizzati, ossia la sentenza del TAR Lazio del 2008<sup>115</sup> e le sentenze della Corte Costituzionale 151/2009<sup>116</sup> e 162/2014, sono state quindi emanate dal Ministero della Salute le nuove Linee Guida, secondo quanto previsto dall'art. 7 della legge 40<sup>117</sup>. Tra le novità introdotte in questa sede, oltre all'ovvio accesso alle tecniche di fecondazione *eterologa*, viene richiamata la rilevanza di una meticolosa valutazione clinica del rapporto rischi-benefici nell'accesso ai trattamenti, specialmente per ciò che inerisce alle complicanze ostetriche e alle potenziali ricadute neonatologiche. Inoltre, una particolare attenzione è rivolta alle coppie sierodiscordanti, cioè nelle quali uno dei due partner è portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV o HCV. Da questa prospettiva la novità è cruciale, in quanto nella versione delle Linee Guida del 2008 era

<sup>112</sup> Trattasi dell'art. 28 c.4 della legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di «Diritto del minore ad una famiglia», così come modificato dall'art. 100 c.1, lett. p), del d.lgs. n. 154 del 2013.

<sup>113</sup> Art. 28 c.5 della legge n. 184/1983.

<sup>114</sup> Corte cost. 18 novembre 2013 n. 278.

<sup>115</sup> TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, che aveva annullato le Linee Guida del 2008 nella parte in cui il Ministero della Salute aveva specificato che le indagini sull'embrione, ex art. 13 c.5 l. 40, dovessero essere esclusivamente di tipo *osservazionale*.

<sup>116</sup> Decisione con cui la Corte Costituzionale aveva eliminato il numero massimo di tre embrioni da creare e trasferire in un unico e contemporaneo impianto.

<sup>117</sup> Emanazione avvenuta anche in seguito ai decreti legislativi 191/2007 e 16/2010 e all'Accordo Stato Regioni del 15 marzo 2012, che impone l'applicazione delle normative europee su qualità e sicurezza di cellule umane alle tecniche di PMA.

consentito il ricorso a tecniche di PMA solo per l'uomo portatore, mentre dal 2015 la possibilità è garantita anche alla donna portatrice. Nello specifico, la PMA *eterologa* costituisce un rimedio i qualora vi sia una condizione di sterilità comprovata di uno o di entrambi i membri della coppia, in cui perciò non si possa disporre di gameti propri per ottenere una gravidanza. L'accesso è anche previsto per il particolare caso in cui il fattore Rh del sangue dei partner sia incompatibile, la donna portando un fattore Rh positivo e risultando gravemente isoimmunizzata. In altri termini, qualora l'*incompatibilità* ematica dei partner possa causare una patologia emolitica al feto. Infine, per quanto concerne il donatore o, anche se non specificato dalle Linee Guida, la donatrice di gameti, «al fine di evitare illegittime selezioni eugenetiche, non è possibile per le coppie scegliere particolari caratteristiche fenotipiche del donatore».

Il diritto all'identità genetica, ribadito dalla Corte Costituzionale nel 2014, appare però del tutto evanescente, considerato come nessun ente sia *apertis verbis* titolato a fornire le informazioni mediche eventualmente richieste dai genitori dei nati dal dono o dai nati stessi. L'attuale frammentarietà delle fonti in materia di PMA *eterologa* appare evidente. Sul piano della deduzione giuridica nulla si può contestare alle riflessioni della Corte Costituzionale circa la funzionalità dell'attività interpretativa delle norme vigenti. Tuttavia, ammesso che la cruciale rilevanza della materia sia rimasta tale, ci si può debitamente interrogare sulla qualità di un Legislatore che a distanza di anni ancora tace sull'intera materia. Se oggi giorno si può ancora ritenere che il diritto alla vita, il diritto all'identità genetica e tutti i relativi profili di legittimità del dono di gameti siano attinenti ai più alti valori del nostro ordinamento, non appare fuori luogo che il giurista interroghi con metodo un sistema normativo disorganico e raffazzonato. Se davvero al centro della disciplina della PMA si intende collocare i *best interests* del nascituro, oltre che il diritto alla salute dei futuri genitori e il diritto al rispetto della sfera privata dei donatori e delle donatrici, allora un meccanismo interpretativo di norme disseminate nell'ordinamento quale soluzione al problema non sembra del tutto accettabile.

### 3.14 I centri PMA autorizzati, i registri nazionali, le linee guida in materia di PMA e gli enti vigilanti sull'applicazione delle norme

Per concludere questa prima parte dell'analisi dedicata alla comparazione delle normative italiana e francese in fatto di PMA, non resta che procedere a un rapido *excursus* sulle norme recanti la disciplina in materia di organizzazione sanitaria e regolamentazione tecnica. Innanzitutto, entrambi gli ordinamenti prevedono che gli interventi di PMA siano posti in essere in strutture, siano esse pubbliche o private, appositamente autorizzate (art. 10 l. 40 e art. L2142-1). In Francia, tuttavia, la ripartizione di competenze è decisamente più articolata, frazionando l'*iter* della PMA nei suoi vari segmenti biologico, endocrinologico e ginecologico e, in particolare, venendo indicato come tutte le operazioni concernenti il dono di gameti vadano espletate in centri pubblici o privati purché non a scopo lucrativo. Soltanto il CSP francese regola nel dettaglio il funzionamento delle strutture autorizzate, stabilendo che l'autorizzazione stesa duri cinque anni (art. L2142-1) e che possa essere sospesa o ritirata in caso di violazione delle norme in materia (art. L2142-3). Al fine di vigilare sul rispetto delle norme in oggetto è richiesto che sia designata una persona responsabile per ciascun centro, ospedale o ente che si occupi di PMA (art. L2142-3-1).

In Italia, invece, è stato istituito con la legge 40 il registro nazionale delle strutture autorizzate (art. 11 c.1), che risponde direttamente all'Istituto superiore di sanità, il quale, a sua volta, è incaricato monitorare i dati relativi alle tecniche di PMA e garantirne la pubblicità (art. 11 c.3). Secondo la Relazione annuale del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge 40, riferita all'attività dei centri PMA nel 2016 e pubblicata nel giugno 2018, i centri di PMA iscritti al Registro Nazionale ed autorizzati dalle Regioni di appartenenza per il 2016 erano 360. Rispetto alla rilevazione dell'anno precedente, appaiono 6 centri in meno<sup>118</sup>.

In entrambi gli ordinamenti, inoltre, è prevista la redazione di un report annuale sullo stato delle attività portate a termine dai centri; tale relazione è inviata da parte di ciascun centro autorizzato all'*Agence de la Biomédecine* in Francia (art. L2142-2), mentre, in Italia, il Ministero della salute trasmette direttamente al Parlamento i dati

<sup>118</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, *Relazione annuale del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 Febbraio 2004, n. 40)*, Roma, 28 giugno 2018.

raccolti dall'Istituto superiore di sanità (art. 15 c.1). Rileva certamente la differenza tra i due ordinamenti nella misura in cui l'*Agence* ha un ruolo non solo di vigilanza e di raccolta di dati utili al monitoraggio del progresso scientifico e dell'innalzamento degli standard, ma anche di *promozione* del dono di organi, tessuti, cellule e, chiaramente, gameti (art. L1418-1). Inoltre, su base annuale, l'*Agence de Biomédecine* organizza delle giornate di approfondimento, del tutto gratuito, alle quali sono invitati a prendere parola i maggiori esponenti del mondo scientifico, giuridico, accademico e associativo in fatto di bioetica. Si tratta quindi di un momento fortemente aggregativo, oltre che formativo, che consente una fluida trasmissione, da un lato, di saperi complessi ai profani della materia e, dall'altro, degli elementi esperienziali dei pazienti e dei donatori.



### CAPITOLO III

## Il modello bioetico francese: il principio di anonimato nel dono di gameti tra CECOS ed *enfants du don*

### *Premessa*

Entriamo quindi nel vivo della trattazione delle tecniche di fecondazione assistita che richiedono l'intervento di un *terzo* rispetto alla coppia, in qualità di donatore o donatrice di gameti. Tale pratica nell'ordinamento italiano viene qualificata come PMA *eterologa*, con un costante richiamo all'estraneità del materiale genetico impiegato nella fecondazione. Nel lessico francese, invece, la tecnica è definita come PMA "*avec tiers donneur*" o "*avec don de gamètes*". Sul piano statistico, i più recenti documenti di sintesi riportano la nascita grazie al *don de gamètes* in Francia, nel 2015, di 1.254 bambini (il 5% dei bambini concepiti grazie a tecniche di PMA)<sup>1</sup>, mentre in Italia, nel 2016, di 1.457 (il 9,3% dei bambini nati a seguito di PMA)<sup>2</sup>. La principale differenza in materia che intercorre tra i due Paesi è semplice: mentre la Francia ha una legislazione organica in materia, al contrario l'Italia ne possiede una disorganica e frammentaria. La Corte Costituzionale ha esplicitamente sollecitato un intervento legislativo ispirato ai modelli bioetici francese e britannico: una proposta allettante più sul piano mediatico, forse, che su quello giuridico, considerata non solo l'estrema distanza dei due modelli in materia di PMA

<sup>1</sup> Dei 1.254 il 3,9% è nato grazie a un dono di seme (971 bambini), l'1% grazie a un dono di ovociti (256 bambini) e solo lo 0,1% grazie a un dono di embrioni (27 bambini). AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport sur l'application de la loi de bioéthique*, Paris, janvier 2018, p. 29.

<sup>2</sup> I bambini nati vivi da PMA sono stati 13.582, cioè il 2,9% del totale bambini nati nel 2016 (474.438 nati vivi, ISTAT); MINISTERO DELLA SALUTE, *Relazione annuale del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 Febbraio 2004, n. 40)*, Roma, 28 giugno 2018, p. 5.

con dono, ma anche la perfettibilità del modello francese. Una comparazione dettagliata appare quindi quanto meno conveniente.

### 1. Indicazioni cliniche al dono di gameti

La fecondazione con dono di gameti, nota in Italia come fecondazione *eterologa* e a livello internazionale come *donor artificial insemination* (DAI, o IAD nell'acronimo scientifico francese e italiano) appare preferibile o necessaria sul piano medico qualora si verificino talune condizioni patologiche nei pazienti. Per esempio qualora l'uomo sia affetto da azoospermia, oligospermia o produca spermatozoi dotati di bassa motilità<sup>3</sup> oppure, ancora, quando il paziente sia portatore di una malattia geneticamente trasmissibile. Al contempo, il ricorso al dono di ovociti può essere sollecitato, tra i vari casi, qualora la paziente sia affetta da insufficienza ovarica primaria (POI), da bassa qualità ovocitaria, da aplasia o ipoplasia ovarica oppure, ancora, sia stata precedentemente sottoposta a un'ovariectomia<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> L'*azoospermia* «[is] defined as the absence of sperm in the ejaculate, is identified in approximately 1% of all men and in 10 to 15% of infertile males», come riportano COCUZZA M., ALVARENGA C., PAGANI R., *The epidemiology and etiology of azoospermia*, in *Clinics*, 68(S1), 2013, pp. 15-26. Il termine *oligospermia* richiama invece la presenza di un numero molto basso di spermatozoi nel liquido seminale. Infine, il concetto di *motilità* degli spermatozoi esprime «the ability for a man's sperm to swim properly. While many people consider the importance of sperm count when it comes to male fertility and infertility, sperm motility matters just as much in many cases», come sottolinea KRISTIANSEN S., *The Causes of Low Sperm Motility and How It Can Be Treated*, in *Houston Fertility Center*, June 16<sup>th</sup> 2015, [infertilityivfhouston.com](http://infertilityivfhouston.com), visitato il 18 aprile 2018.

<sup>4</sup> La POI (*Primary Ovarian Insufficiency*) è stata così rinominata nel 1942 da Fuller Albright, endocrinologo statunitense, nel tentativo di sostituire la più stigmatizzante dizione, ossia la *Premature Ovarian Failure* (POF). Quest'ultimo termine si può ancora saltuariamente rintracciare nella letteratura medica e nel lessico colloquiale italiano, quando ci si riferisce alla c.d. menopausa precoce. In ogni caso, la POI è definita come assenza di ciclo mestruale, che «occurs through two major mechanisms: follicle dysfunction and follicle depletion. Follicle dysfunction indicates that follicles remain in the ovary, but a pathologic process prevents their normal function [...]. Follicle depletion indicates that no primordial follicles remain in the ovary», come riporta NELSON L.M., *Primary Ovarian Insufficiency*, in *New Engl. Journal of Med.*, 2009, 360(6), pp. 606-614. Per quanto concerne la *poor oocytes quality*, si tratta di un vasto campo di ricerca, nel quale i biologi stanno gradualmente gettando luce. A livello empirico, una bassa qualità ovocitaria intacca «[t]he intrinsic ability of oocytes to resume meiosis, accept spermatozoa for fertilization, cleave after fertil-

Pur in assenza di una solida preparazione medica si può intuire come le condizioni sommariamente riportate si dividano in due categorie rispetto ai loro effetti sulla fertilità umana. Da un lato vi sono infatti delle patologie inizialmente asintomatiche, rispetto al proprio *excursus*, o presenti sin dalla nascita, la cui esistenza non consente un tempo preventivo di valutazione del loro impatto sulla fertilità. L'aplasia di un organo o la scarsa presenza di spermatozoi nel liquido seminale, per esempio, sono circostanze patologiche che, una volta evidenziate, non consentono in alcun modo di preservare la fertilità, già inficiata, dei pazienti. Al contrario, dall'altro lato, una patologia oncologica, a seconda dell'intensità e delle possibilità di remissione, può permettere all'equipe medica di valutare delle opzioni per preservare la fertilità, tanto femminile quanto maschile. In questo senso si è sviluppata la *fertility preservation*, branca della medicina e della biologia, che è andata conoscendo un fortissimo sviluppo nel corso degli ultimi quarant'anni, indirizzandosi soprattutto verso le necessità dei pazienti più giovani. Lo scopo dei trattamenti di preservazione della fertilità è *in primis* di condurre il paziente alla remissione totale dalla patologia oncologica, conservando *in secundis* i suoi gameti fintanto che non decida di intraprendere un progetto genitoriale. In altre parole, i campioni di spermatozoi, o gli ovociti, sono prelevati prima dell'inizio delle cure radio o chemioterapiche per essere crioconservati finché il soggetto interessato non ne faccia richiesta. Sul piano pratico, tuttavia, un'importante differenza si pone tra pazienti di sesso maschile o femminile, dovendosi per i secondi ricorrere a una stimolazione ormonale al fine di portare a maturazione gli ovociti e poterli prelevare. Per poter avviare a quest'ulteriore forma di debilitazione per una donna già affetta da una patologia cancerosa, due sono le direzioni generali verso le quali si sta muovendo la medicina sperimentale. La prima è la crioconservazione di una parte di tessuto ovarico asportato dalla donna prima dell'inizio delle terapie (*ovarian cortex tran-*

ization, and facilitate proper embryonic development that leads to the production of healthy offspring is defined as oocyte competency», come ricordano MOUSSA M., SHU J., ZHANG X.H., ZENG F., *Maternal control of oocyte quality in cattle "a review"*, in *Animal Reproduction Science*, 155 (2015), pp. 11–27. L'aplasia o agenesia ovarica consiste invece, come si evince dall'etimologia, nella congenita assenza di una o di entrambe le ovaie e può presentarsi anche nella meno grave, seppur patologia, ipoplasia e quindi forte sottosviluppo dei suddetti organi. Inoltre, una paziente può trovarsi a dover ricorrere a un dono di ovociti qualora sia stata sottoposta all'asportazione delle ovaie, per ragioni inerenti a traumi o patologie di diversa natura, ma, nella maggior parte dei casi, di matrice oncologica. La presenza di una patologia oncologica, infine, incide indirettamente anche nella succitata bassa qualità ovocitaria, qualora la donna debba sottoporsi a trattamenti radioterapici e chemioterapici.

*splantation* - OCT), tessuto che, in un secondo momento, viene re-impianato nel corpo della donna; in Inghilterra la tecnica, seppur ancora in via di studio, ha portato nel 2016 alla nascita di un bambino<sup>5</sup>, ma già nel 2012 in Germania, seppur con minor clamore mediatico, si era verificata una nascita grazie a questa tecnica<sup>6</sup>. Dal 2015 in avanti, parrebbe che l'OCT garantisca tassi di successo più elevati rispetto ai metodi più datati, soprattutto considerato come, una volta re-impianato il tessuto, la donna vada incontro a una gravidanza *naturale* senza l'intervento medico per la fecondazione *in vitro*<sup>7</sup>. La seconda direzione, attualmente in fase di analisi all'*Hôpital Antoine-Béclère* di Clamart (Parigi), riguarda la *in vitro maturation*, cioè una tecnica che permetta la maturazione in laboratorio degli ovuli femminili, indirizzata specialmente alle donne particolarmente sensibili alla stimolazione estrogenica, come le pazienti affette da cancro della mammella o dell'endometrio<sup>8</sup>.

Chiaramente, ciascuna delle due linee sperimentali qui sinteticamente riportate include vari sottogruppi di ricerca per il perfezionamento delle tecniche, il cui approfondimento non può trovare spazio in questa sede, dove invece conta principalmente rilevare la distinzione presentata precedentemente. Si è infatti evidenziato come alcune patologie permettano di intervenire per preservare la fertilità, qualora esse colpiscano l'apparato riproduttivo in modo più o meno diretto. Altre, al contrario, inficiano *ab origine* la capacità riprodut-

<sup>5</sup> La madre della bambina è una ex paziente oncologica di trentatré anni. Undici anni prima del concepimento le era stato diagnosticato un aggressivo cancro al rene e, nella speranza della completa remissione, aveva accettato di farsi asportare una porzione di tessuto ovarico al fine di un futuro concepimento, come riporta CRAMB A., *Baby born from frozen ovarian tissue in UK first*, in *The Telegraph*, July 14 2016, telegraph.co.uk, consultato il 25 aprile 2018.

<sup>6</sup> ISACHENKO V., ISACHENKO È., KECK G. *et al.*, *First live birth in germany after re-transplantation of cryopreserved ovarian tissue: original device for initiation of ice formation*, in *Clin. Lab.*, 2012, 58(9-10), pp. 933-938.

<sup>7</sup> DÖNNEZ J., DOLMANS M.-M., *Ovarian cortex transplantation: 60 reported live births brings the success and worldwide expansion of the technique towards routine clinical practice*, in *J. Assist. Reprod. Genet.*, 2015, 32(8), pp. 1167-1170.

<sup>8</sup> A lavorare su questa tecnica, al momento, è il prof. Michael Grynberg, *chef de service* all'*Hôpital Antoine-Béclère*, Presidente della *Société Française d'Onco-Fertilité* (SFOF) e Direttore del *Collège National des Gynécologues et Obstétriciens Français*. Dall'inizio del 2018 il prof. Grynberg ha preso il posto del suo mentore, il prof. René Frydman, figura apicale della medicina riproduttiva e della preservazione della fertilità francese, come si avrà modo di vedere. GRYNBERG M., *The challenges of fertility preservation in cancer patients: an interview with Michael Grynberg*, in *Future Oncol.*, 2018, 14(6), pp. 497-498.

tiva dell'organismo, senza possibilità di ristorare la sua corretta funzionalità. In questi ultimi casi, al pari di quanto accade qualora i trattamenti di preservazione non si rivelino efficaci, l'unica opzione percorribile rimane il dono di gameti.

## *2. Cenni storici circa la pratica del dono di gameti*

L'inclinazione dell'osservatore italiano medio verso la scienza è senza dubbio orientata alla percezione dell'innovazione tecnologica, tanto nell'ideazione, quanto nella realizzazione, come prodotto di luoghi e personaggi remoti. Più in generale, forse, il Vecchio Continente paga a livello di immaginario collettivo un pesante tributo in materia di tecnologia e scienza agli Stati Uniti d'America. L'interesse di quest'osservazione giace nella semplice constatazione di come, una tra le più discusse pratiche mediche in fatto di riproduzione umana, abbia conosciuto i propri natali proprio in Italia. Senza voler intraprendere la disamina completa del progressivo inquadramento delle *Assisted Reproductive Technologies* (ARTs), non nuocerà ricordare sinteticamente come il primo a proporre l'intervento di un terzo, donatore, nel progetto di filiazione della coppia, sia stato Paolo Mantegazza, fisiologo e antropologo, deputato e senatore dell'allora novello Regno d'Italia<sup>9</sup>. Tuttavia, il contesto nel quale Mantegazza sviluppò il proprio pensiero fu quello italiano di fine '800, nel quale la rigida morale sessuale e coniugale di matrice cattolica animava senza soluzione di continuità il rapporto di coppia e il rapporto verso i figli. In questo senso il fisiologo dovette ricorrere all'*escamotage* del *relata refero* per presentare la propria proposta: «[m]i fu consigliata ingenuamente da una signora, in cui tentai tre volte inutilmente l'atto operatorio di cui mi sto occupando: "Se col seme di mio marito non riuscite, sostituite quello di un altro uomo, più giovane e robusto. Io non voglio sapere chi lo abbia fornito, e quindi non com-

<sup>9</sup> Un completo profilo di Paolo Mantegazza è tracciato da BETTA E., *L'altra genesi*, Carocci Editore, Roma, 2012, pp. 61-65. Il merito maggiore che viene riconosciuto a Mantegazza è senza dubbio la stesura di quello che viene considerato il primo manuale di sessuologia clinica, l'*Igiene dell'amore*, pubblicato nel 1881. L'opera, data la sua natura divulgativa, raggiunse un cospicuo numero di lettori e finì quindi nell'arco di un decennio sotto l'analisi dell'Indice del Sant'Uffizio, che, nella persona del consultore Raffaele de Martinis, ne valutò del tutto inaccettabile la parte dedicata alla fecondazione artificiale.

metto alcun peccato”»<sup>10</sup>. Così operando, Mantegazza ricondusse al volere di una signora, chiaramente ignota, l’idea di poter sostituire il *potere riproduttivo* maschile del marito con quello di un baldo e altrettanto ignoto donatore. La dimensione dell’irresistibile pulsione della donna a rispondere al *naturale* richiamo materno costituì l’alibi morale quasi perfetto per una pratica sempre esistita fuori dagli studi medici, nella forma dell’intervento *segreto* di un uomo fertile nell’alcova della coppia ove il marito fosse *infertile*<sup>11</sup>. Infatti, per cercare di porsi sin dal principio al riparo da ulteriori critiche, Mantegazza continuò: «[n]on ho trovato né nel Vangelo né nei libri canonici alcun precetto, alcun anatema contro la fecondazione artificiale, e mi pare anzi di trovare in tutti i libri sacri un tale entusiasmo per la fecondità da darci in cento edizioni diverse il *crescite et multiplicamini* della Bibbia. Se l’uomo riesce coll’aiuto della scienza a rendere feconda una donna sterile, mi pare che compia, anche sotto il punto di vista religioso un atto meritorio»<sup>12</sup>.

Un dato manifestamente assurdo si propone al lettore: il fisiologo italiano nel *giustificare* il ricorso a un donatore *ante litteram*, sostenne come ciò fosse accettabile in quanto la pratica permetteva di ovviare alla sterilità della *donna*. Un uomo diverso dal marito veniva dunque richiesto per ottenere una gravidanza, ma Mantegazza sosteneva che a essere affetta da sterilità fosse la donna. Al netto delle conoscenze scientifiche dell’epoca, emerge *ictu oculi* come la possibilità che l’infertilità potesse essere ricondotta all’uomo non risultasse in alcun modo sostenibile. Purtroppo, e molto prevedibilmente, simili istanze non attecchirono sul suolo italico, arso dall’imperante esigenza di lasciare spazio, e predominio, alla morale cattolica. Così un secolo dopo, più precisamente nel 1985, l’allora Ministro della Salute Costante Degan vietò il ricorso a tecniche di fecondazione che implicassero l’impiego di gameti estranei alla coppia<sup>13</sup>. Il Codice di Deontologia Medica del 1995 dispose una serie più cospicua di divieti (GPA, PGD, PMA *post mortem*, PMA in donne in meno-

<sup>10</sup> MANTEGAZZA P., *Nota sulla fecondazione artificiale della donna*, in *Gazzetta degli ospitali*, VIII, II, 1887, p. 82.

<sup>11</sup> SICARD D., *L’éthique médicale et la bioéthique*, Presses Universitaires de France, Paris, 5<sup>e</sup> éd., 2017, p. 26.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> GALLO F., LALLI C., *Il legislatore cieco. I paradossi della legge 40 sulla fecondazione assistita*, Editori Internazionali Riuniti, Lavis-Trento, 2012, p. 15.

pausa precoce, etc), facendo però salva la possibilità di ricorrere a gameti esterni alla coppia<sup>14</sup>.

Le proposte di Mantegazza iniziarono in compenso a farsi strada ai primi del '900 in ambito medico internazionale sotto varie forme: dalle rivendicazioni femministe *ante litteram* fondate sulla nozione di "diritto alla maternità"<sup>15</sup>, passando per le istanze di matrice eugenista e capitalista di massimo sfruttamento del seme maschile<sup>16</sup>, per approdare infine alla prima nascita nota. Quest'ultima avvenne nel 1934, grazie all'operato di due ginecologi di New York, marito e moglie: Francis I. Seymour e Alfred Koerner. Lo scandalo suscitato dalla nascita delle gemelle figlie di Lillian e Salvatore Lauricella, affetto da sterilità, fu senza precedenti, a causa anche dell'eco mediatica suscitata e alimentata da nozioni quali "*ghost fathers*" e "*synthetic infants*"<sup>17</sup>. Seymour e Koerner, da parte loro, procedettero senza indugi nell'affinare la tecnica di fecondazione con dono di seme, preoccupandosi nell'arco di un paio di anni di redarre e pubblicare il primo modello di autorizzazione preventiva, cioè di ricezione del *consenso informato* da parte dei pazienti<sup>18</sup>. I due ginecologi riuscirono inoltre a ottenere un altro primato: il primo concepimento con donatore a distanza, avvalendosi di appositi contenitori inviati con volo aereo. Si trattava di una coppia canadese in cura a New York, che, in seguito a un primo fallimentare tentativo di ottenere una gravidanza, non era in grado di sostenere il costo di un ulteriore viaggio. Seymour e Koerner decisero di provare l'invio del campione di spermatozoi e, al terzo tentativo, coibentando la bottiglia di vetro in cui era contenuto, il sistema si rivelò efficace e la gravidanza giunse a buon fine<sup>19</sup>. Il tentativo di Seymour e Koerner è stato il primo a venir reso noto in letteratura medica senza alcuna cesura temporale, mentre nel 1909 Addison Davis Hard aveva dato notizia di una prima nascita attra-

<sup>14</sup> *Ivi*, p. 16.

<sup>15</sup> *Ivi*, pp. 126-127. Sempre Betta ci ricorda come nel 1927 una dottoressa di Tashkent (Uzbekistan) sia stata la prima donna non solo a trattare il tema, ma anche a inquadrarlo come diritto femminile al concepimento in SCHOROWA A.A., *La fécondation artificielle dans l'espèce humaine*, in *Gynecologie et obstétrique*, 1927.

<sup>16</sup> BREWER H., *Euteleogenesis*, in *Eugenics Review*, 1935, 27, pp. 121-126.

<sup>17</sup> *Ivi*, pp. 135-136. Cfr. N.N., *Ghost fathers*, in *Newsweek*, May 12, 1934, p. 16 e *The New York Times*, May 1<sup>st</sup>, 1934, p. 5, come riportati da SWANSON K.W., *Adultery by doctor: Artificial Insemination: 1890-1945*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2012, 87(2), p. 597.

<sup>18</sup> SEYMOUR F.I., KOERNER A., *Medicolegal aspect of artificial insemination*, in *JAMA*, 1936, 107(19), pp.1531-1534.

<sup>19</sup> SEYMOUR F.I., KOERNER A., COSTOM D., *Transportation of human spermatozoa by airplane for artificial insemination*, in *JAMA*, 1943, 122(3), pp. 174-175.

verso la IAD, avvenuta però nel 1884 a opera del suo mentore. Il primato, per così dire, spetterebbe quindi a William Pancoast, ginecologo del *Jefferson Medical College* di Philadelphia, come il suo allievo Hard ebbe a riportare in un articolo della rivista *Medical World*<sup>20</sup>.

Nel frattempo, in Italia, lo spirito innovatore di Paolo Mantegazza non aveva trovato eredi, ma sul finire degli anni '40, il ginecologo Sebastiano de Francesco in un saggio sosteneva come «la sensazione che la pratica dell'inseminazione artificiale eterologa incomincia[ss]e a farsi strada anche in Italia»<sup>21</sup>. Lo scenario non mutò nemmeno quando, negli anni '60, il ginecologo Guido Ragni, già direttore dell'unità per l'infertilità della Clinica Mangiagalli di Milano, chiese l'autorizzazione per iniziare dei trattamenti di fecondazione *in vitro* (FIV). A dispetto dell'assenza di alcun contatto tra la donna e il seme del donatore, necessario invece prima dell'invenzione della FIV, al professor Ragni fu comunque opposto un rifiuto sulla base di ragioni religiose, connesse all'applicazione della nozione di *adulterio* nonché alla mancanza di *naturalità*<sup>22</sup>.

### 3. *Georges David e i Centres d'étude et de conservation des œufs et du sperme humains*

Tra i pionieri della biologia e della medicina, e in particolare della medicina riproduttiva, in Francia spicca Georges David, creatore di fatto dell'odierno modello bioetico nazionale. Infatti le sue proposte scientifiche, implementate in prima persona e poi delegate nel corso di quarant'anni di carriera professionale, costituiscono ancora oggi lo scheletro del sistema sanitario francese in materia di salute riproduttiva. Ciò che più ha contraddistinto la figura di David è indubbiamente la straordinaria poliedricità della sua carriera, inaugurata nel settore pediatrico, sviluppata nel campo dell'emobiologia (scoprendo cura per neonati affetti da malattia emolitica), dell'ibernoterapia (ideata inizialmente per usi nel settore militare), per giungere infine

<sup>20</sup> HARD A.D., *Artificial impregnation*, in *Med. World*, 1909, 27 (163).

<sup>21</sup> DE FRANCESCO S., *La fecondazione artificiale nella donna*, Istituto La Casa, Milano, 1949, p. 48.

<sup>22</sup> GIANAROLI L., SGARGI S., MAGLI M.C. et al., *The Development of In-Vitro Fertilization in Italy*, in KOVACS G., BRINDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, 2018, p. 104.



allo studio dell'infertilità umana maschile<sup>23</sup>. Dei differenti passi mossi da David nel corso della propria vita professionale, peculiare attenzione andrà rivolta, a breve, al suo impegno nel campo ematologico e nello studio delle trasfusioni.

Prima di ciò, tuttavia, occorre ancora fornire alcuni riferimenti circa la nascita del sistema dei centri di conservazione dei gameti in Francia, in seguito all'impegno profuso da Georges David a partire dagli anni '60. Dando corso all'ipotesi di uno dei suoi mentori, il ginecologo Maurice Lacomme<sup>24</sup> iniziò a vagliare la possibilità che la sterilità umana potesse avere una delle sue cause nell'incompatibilità sanguigna dei coniugi, legata alla presenza di particolari anticorpi. Inoltre David riprese alcuni degli studi condotti da Henri Laborit<sup>25</sup> sull'ibernoterapia applicata ai militari per arrestare lo stato di *choc* e, sempre seguendo i passi di Lacomme, perfezionò in laboratorio le tecniche di crioconservazione dei gameti maschili<sup>26</sup>. In questo modo «[c]ontrairement à l'insémination à l'aide de sperme frais, où le donneur se

<sup>23</sup> Per conoscere meglio lo straordinario percorso di Georges David, venuto a mancare nel dicembre 2018, la *Fédération des Cecos* ha realizzato nel 2016 un documentario-intervista, liberamente disponibile online: *Georges David, un médecin du XXème siècle*, YouTube, consultato il 25 aprile 2018.

<sup>24</sup> Maurice Lacomme viene ricordato specialmente per aver descritto, nel 1962, la sindrome, che da lui ha preso il nome, che rientra tra le algie lombo-pelviche benigne della gravidanza. Si tratta, in altri termini, di un insieme di sintomi non patologici legati alla postura della donna incinta durante, usualmente, l'ultimo mese di gravidanza. La distensione delle articolazioni sacro-iliache e la tensione dei legamenti e dei tendini provocano dolori tali da conferire alla donna l'impressione di un parto prematuro. *Syndrome de Lacomme*, in *Encyclopédie Vulgaris Médical*, vulgaris-medical.com, consultato il 7 maggio 2018.

<sup>25</sup> Henri Laborit è stato un noto medico chirurgo e neurobiologo, nonché filosofo francese. Specializzatosi sull'uso dei neurolettici (antipsicotici) contribuì a rivoluzionare alcuni dei punti cardine della psichiatria e dell'anestesia. Interessatosi anche all'etologia, si auto-definì «eutonologue», cioè specialista del comportamento umano, e si affermò presso il grande pubblico per la divulgazione delle neuroscienze. Agli inizi degli anni '50 si focalizzò sul tema dell'ibernazione e alcuni passaggi salienti del suo pensiero si possono rintracciare in un contributo alla collettanea DIJAN J. (sous la dir.), *La médecine contemporaine*, Gallimard, Paris, 1967, pp. 124-142. Le prime riflessioni sul tema dell'ibernoterapia applicata alla chirurgia, invece, erano già presenti in un'intervista di dieci anni prima: LABORIT H., *L'hibernation artificielle: les résultats obtenus depuis 5 ans*, in *Atomes. Tous les aspects scientifiques d'un nouvel âge*, 1957, pp. 365-370. Quest'ultima rivista dal 1970 ha cambiato nome, divenendo la celebre *La Recherche*.

<sup>26</sup> Il primo tentativo di conservazione dei gameti maschili conclusosi positivamente, quindi con la vitalità degli spermatozoi una volta ricondotti alla temperatura idonea al loro uso, fu portato a termine dal biologo e filosofo francese Jean Rostand

trouve dans une pièce contiguë, l'utilisation de semence congelée transforme l'acte d'insémination en un acte médical banal et la paillette de sperme est assimilée à un médicament. L'ombre du donneur a disparu»<sup>27</sup>. La cesura tra sessualità e riproduzione subiva quindi un aumento della propria incisività, dilazionando il momento del dono rispetto a quello dell'impiego del seme e annullando, tanto nel tempo, quanto nello spazio, la contiguità di donatore e riceventi. Anzi, a voler analizzare correttamente la procedura, occorre riconoscere come «[l'] IAD propose en effet un clivage, inédit dans l'histoire de la parenté avant l'AMP, qui opère de manière certaine une séparation entre procréation et filiation»<sup>28</sup>, in quanto sostituisce nell'iscrizione della filiazione il padre *sociale* al donatore. Su questo punto si ritornerà più diffusamente in seguito.

La stessa contiguità, per altro, era già stata annullata dalla diffusione delle tecniche di fecondazione *in vitro* (FIV), grazie alle quali a essere trasferito nel corpo della donna non era il seme della donna, ma l'embrione già formato in laboratorio. Il primo *embryo transfer* era stato reso noto nel 1891, a opera di Walter Heape che, al pari di Lazzaro Spallanzani un secolo prima, aveva cominciato a sperimentare la tecnica in ambito veterinario. In particolare il trasferimento era stato operato da un esemplare di coniglio femmina a un altro<sup>29</sup>. Sulla falsariga di Heape, si era poi mosso nei primi anni '30 Gregory Pincus, mentre negli anni '50 Sir Robert Edwards e i suoi colleghi avevano iniziato a testare la tecnica con gameti umani. Il primo risultato è stato riportato da Edwards e Patrick Steptoe<sup>30</sup> soltanto nel 1978, con la nascita in Inghilterra di Louise Brown, "*the first in-vitro baby*"<sup>31</sup>.

Tornando a Georges David, durante le sue ricerche presso il *Centre Universitaire des Saints Pères* a Parigi, iniziò a ricevere delle cop-

nel 1946. L'esperimento prese in considerazione i gameti di alcuni anfibi, portandoli a una temperatura compresa tra -4° e -6° C, impiegando una specifica soluzione a base di glicerina come crioprotettore.

<sup>27</sup> JONDET M.C., *Problèmes psychologiques, moraux, religieux et juridiques soulevés par l'insémination thérapeutique humaine*, Thèse de Médecine validée le 13 juin 1975, p. 63. La tesi è stata redatta dalla moglie di Michel Jondet, co-fondatore, insieme ad Albert Netter, della banca del seme dell'Hôpital Necker.

<sup>28</sup> DELAISI DE PARSEVAL G., *Famille à tout prix*, Éd. du Seuil, Paris, 2008, p. 91.

<sup>29</sup> HEAPE W., *Preliminary note on the transplantation and growth of mammalian ova within a uterine foster mother*, in *Proc Roy Soc London*, 48, 1891, pp. 457-459.

<sup>30</sup> STEPTOE P.C., EDWARDS R.G., *Birth after the preimplantation of a human embryo*, in *Lancet*, 2, 1978, p. 366.

<sup>31</sup> BIGGERS J.D., RACOWSKY C., *A Brief Outline of the History of Human In-Vitro Fertilization*, in KOVACS G., BRINDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, 2018, pp. 4-5.

pie con difficoltà di concepimento notando come le disfunzioni riscontrate non fossero femminili, a differenza di quanto la letteratura medica riportasse nella quasi totalità dei casi, bensì maschili: «[c]ette stérilité par cause masculine était alors très mal reconnue. Les examens qui se pratiquaient étaient terriblement rudimentaires, nous passions à côté de déficiences évidentes et ma première démarche a été de structurer l'examen et d'établir des protocoles permettant de mettre en évidence la variété des anomalies des spermatozoïdes»<sup>32</sup>. L'interesse per la fertilità maschile, e dunque l'ipotesi che non tutti i casi di infertilità fossero riconducibili al corpo della donna, costituì il tratto innovativo degli studi di David, al punto da ricevere dalla struttura ospedaliera l'uso di un intero edificio da destinare all'accoglienza e all'espletamento degli esami diagnostici delle coppie, nel pieno rispetto della loro riservatezza. L'eco delle ricerche raggiunse nel mentre altri specialisti, tra i quali Jacques-Henri Ravina che, presso il reparto di maternità dell'*Hôpital Bichat*, gestiva clandestinamente una rete di dono retribuito di sperma e di crioconservazione dello stesso. Ravina propose al collega di unire le forze, ma ottenne un rifiuto motivato dalla ferma volontà di David di legittimare la fecondazione assistita con dono di gameti presso l'opinione pubblica e le istituzioni. Infatti, secondo David «la clandestinité dévalorisait le don de sperme. C'est pourquoi je me suis tellement entêté dans cette idée de faire reconnaître l'insémination avec donneur comme faisant pleinement partie de la médecine, avec toutes les obligations que cela imposait au praticien»<sup>33</sup>. Non intendendo gestire la conservazione di seme maschile in modo clandestino, David il 10 gennaio 1973 depositò lo statuto del primo *Centre d'étude et de conservation du sperme humain* (*Cecosperme*) dell'*Hôpital Kremlin-Bicêtre* di Parigi, seguendo la lettera della *loi du 1er juillet 1901* e conformando quindi il centro sul modello di un'associazione senza scopo di lucro<sup>34</sup>. Successivamente il progetto *Cecosperme* venne inoltrato sotto forma di

<sup>32</sup> CAHEN F., VAN WIJLAND J., *Inventer le don de sperme. Entretiens avec Georges David, fondateur des Cecos*, Éd. Matériologiques, Paris, 2016, p. 44.

<sup>33</sup> *Ivi*, p. 56.

<sup>34</sup> Lo scopo dell'associazione *Cecosperme* era di «développer toutes études consacrées au sperme humain normal et pathologique; organiser un centre de conservation du sperme humain destiné à des besoins de recherche et de thérapeutique; mettre en œuvre, d'une manière plus générale, tous moyens propres à concourir directement ou indirectement aux objets ci-dessus définis, ainsi qu'à tous autres devant apparaître similaires ou connexes». *Ivi*, p. 60.

dossier al *Ministère de la Santé*, incontrando prima un netto rifiuto<sup>35</sup> e poi una moderata apertura quando Simone Veil venne nominata ministro del governo di Jacques Chirac. Simone Veil, inizialmente preoccupata («[j]’ai déjà l’interruption de grossesse à défendre, je ne vais pas rajouter encore le sperme!»<sup>36</sup>), concesse comunque a David di implementare il modello proposto, alle condizioni di agire con la massima discrezione, di considerare l’esperienza un mero test, di mantenere la *Cecosperme* distaccata dall’organigramma ospedaliero e, infine, di costituire un consiglio d’amministrazione interdisciplinare che procedesse a una valutazione tecnica delle attività. Il periodo di prova del sistema ideato da David, unitamente alle sue ricerche sulla conservazione ottimale del seme maschile nel medio-lungo periodo<sup>37</sup>, ebbe un successo tale da venir consacrato a livello mondiale con il primo congresso sulle pratiche di fecondazione assistita in Francia, tenutosi nel 1979 a Parigi, con la partecipazione in prima persona di Simone Veil, che, con il proprio intervento, sancì la definitiva legittimazione nazionale delle tecniche. Per quella internazionale, invece, il merito fu da attribuirsi al giovane co-direttore scientifico dei lavori, Wendel S. Price, tirocinante americano all’*Hôpital Bicêtre* che, con la pubblicazione degli atti del convegno consegnò alla fama internazionale non solo la pratica di crioconservazione dello sperma (con conseguente separazione del momento del dono da quello di utilizzo), ma soprattutto la *gratuità* del sistema<sup>38</sup>. Negli anni immediatamente successivi il sistema dei *Cecosperme*, divenuti CECOS (*Centres d’étude*

<sup>35</sup> Georges David ricorda come il consigliere referente del progetto, Michel Poniatowski, ricevette il dossier dopo aver concluso la lettura del romanzo scandalistico *Le Donneur* di Guy Des Cars. Poniatowski, profondamente turbato delle possibili derive morali del dono di gameti, si era prontamente dichiarato oppositore della tecnica, minacciando di renderla proibita sul territorio francese. *Ivi*, p. 65.

<sup>36</sup> CAHEN F., VAN WIJLAND J., *op. cit.*, p. 66.

<sup>37</sup> Sin dagli albori dell’associazione *Cecosperme*, l’obiettivo primario di Georges David fu quello di comprendere quali condizioni risultassero le migliori per conservare il liquido seminale, affinché, nel momento dell’utilizzo, rimanesse pressoché intatta la sua funzionalità. I primi dubbi in materia di qualità del seme post-crioconservazione erano stati sollevati da STEINBERGER E., SMITH K. D., *Survival of Spermatozoa in a Human Sperm Bank. Effects of Long-Term Storage in Liquid Nitrogen*, in *JAMA*, Vol. 223, n°7, 1973, pp. 774-777. Nell’ambito di tali ricerche e della *Cecosperme*, assunse un ruolo primario Pierre Jouannet, specializzato in fisiologia e riproduzione umana, e presidente della *Fédération française des CECOS* dal 1997 al 2003.

<sup>38</sup> DAVID G., PRICE W.S., *Human artificial insemination and semen preservation, Proceedings of the international symposium on artificial insemination and semen preservation, held in Paris, April 9-11, 1979*, New York, Plenum Press, 1980.

*et de conservation des œufs et du sperme humains*), si estese fino a conoscere nel 1982 due rilevanti traguardi: la nascita di Amandine, prima *bébé-éprouvette* francese, e la costituzione della *Fédération française* dei CECOS. Amandine è nata il 24 febbraio 1982 all'*Hôpital Antoine-Béclère* di Clamart, grazie all'*equipe* del dottor Émile Papiernik, ma soprattutto al contributo di Jacques Testart e René Frydman, quest'ultimo noto ginecologo protagonista delle battaglie politiche per gli aggiornamenti delle *lois de bioéthique* e, prima ancora, per la legalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza. Frydman, rispetto agli anni di intensa ricerca che hanno preceduto e seguito la nascita di Amandine, ha ricordato come all'*Hôpital Antoine-Béclère* abbia «connu les années glorieuses où il fallait tout inventer. Le progrès nous soufflait dans le dos comme un vent pouissant» e come abbia «appris à exercer cette médecine très particulière, parfois miraculeuse, qui ne sauve pas des vies mais en crée»<sup>39</sup>.

Ad agevolare la medicina riproduttiva sul fronte dell'infertilità maschile ha poi contribuito l'idea dell'embriologo australiano Alan Trounson, che nel 1984 comunicò come nel proprio laboratorio si stesse vagliando «[t]he possibility of microsurgical fertilization procedures»<sup>40</sup>. Il team di Trounson ottenne un successo in ambito veterinario cinque anni dopo, impiegando una "*subzonal sperm injection*" (SUZI), applicata a Singapore nel 1988 all'essere umano, ma con infimi tassi di successo<sup>41</sup>. L'autentica rivoluzione nel settore avvenne grazie all'invenzione dell'*introcytoplasmic sperm injection* (ICSI), vale a dire con l'inserimento di un singolo spermatozoo all'interno del citoplasma di un ovocita. La tecnica condusse alla prima nascita nel gennaio 1992 presso il centro di medicina riproduttiva della *Vrije Universiteit Brussel* (VUB)<sup>42</sup>.

Nel frattempo, lo svilupparsi della rete dei CECOS sul territorio francese<sup>43</sup> consentì la circolazione delle *best practices* in materia di

<sup>39</sup> FRYDMAN R., *Le droit de choisir, Manifeste des médecins et biologistes de la procréation médicale assistée*, Seuil, Paris, 2017, p. 10.

<sup>40</sup> TROUNSON A., *In vitro fertilization and embryo preservation*, in TROUNSON A., WOOD C. (Eds.), *In Vitro Fertilization and Embryo*, Churchill Livingstone, Edinburgh, 1984, pp. 111-130.

<sup>41</sup> DE KRETZER D.M., *The Application of In-Vitro Fertilization in the Management of the Infertile Male*, in KOVACS G., BRINDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, 2018, p. 178.

<sup>42</sup> STEIRTEGHEM A.V., *The Brussels Story and the Eureka Moment of Intracytoplasmic Sperm Injection*, in KOVACS G., BRINDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, 2018, p. 85.

<sup>43</sup> I CECOS erano 7 nel 1974, 14 nell'aprile 1979 e 17 nel 1983, come ricorda KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*, Max Milo Éditions, Paris, 2014, p. 55.

conservazione, pur lasciando la maggior libertà possibile a ciascun centro e prevedendo un'omogenea valutazione annuale dei lavori. Al contempo, tuttavia, si dovettero attendere vent'anni prima che la materia venisse sottoposta al vaglio dell'*Assemblée Nationale* e Audrey Kermalvezen, avvocato specializzato in diritti relativi alla bioetica, nonché militante dell'associazione *PMA/PMAnonyme* (*Procréation Médicalement Anonyme*), ha suggerito un'efficace formula per definire tale periodo di vacanza: "*période anarchique*"<sup>44</sup>. Infatti, nell'assenza di qualsivoglia normativa si affermarono linee di lavoro non formalizzate come, per esempio, la regola dell'*appariement* tra donatori e riceventi rispetto al gruppo sanguigno e ai tratti fenotipici. Tuttavia, Georges David ricorda come «on ne devait pas introduire l'idée qu'il y aurait un "sosie du mari", que l'on puisse remplacer le mari infécond par un homme fécond. Nous tenions surtout à raisonner au niveau du couple: il s'agissait du don d'un couple fécond à un couple infécond»<sup>45</sup>. Tale regola è ancora oggi applicata dai CECOS<sup>46</sup>, benché non sia mai stata introdotta in alcun testo normativo<sup>47</sup> e lasci spazio al venir in essere di situazioni discriminatorie. Infatti le coppie che si approcciano a un percorso di PMA con dono possono avere tratti fenotipici statisticamente minoritari e venire dunque esclusi *de facto* dal processo di *appariement*. Una testimonianza potente di simile situazione è offerta da Sandrine, un'attivista francese di colore, che da anni combatte per i diritti delle donne che soffrono di infertilità, attraverso il suo portale *Ovocyte Moi*<sup>48</sup>. Da un lato l'attivista evidenzia come lo Stato sia assente e non elevi il tema del dono di ovociti a una questione di rilevanza generale nel settore sanitario.

Attualmente i CECOS rappresentano i referenti primi e ultimi dell'*iter* di PMA con dono di gameti. Primi perché competenti a espletare la procedura in ogni sua componente e ultimi perché responsabili della conservazione dei dati sensibili di donatori e donatrici.

<sup>44</sup> La formula compare a partire dal quarto capitolo in KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*.

<sup>45</sup> CAHEN F., VAN WIJLAND J., *op. cit.*, p. 103.

<sup>46</sup> SICARD D., *L'éthique médicale et la bioéthique*, Presses Universitaires de France, Paris, 2017, 5<sup>e</sup> éd., p. 27.

<sup>47</sup> La ricordava ancora nei medesimi termini, quindi come dono da *coppia a coppia* l'ex responsabile del CECOS dell'*Hôpital Cochin* di Parigi, il ginecologo Jean-Marie Kunstmann in un'intervista su alcuni casi delicati di dono. SANTI P., *Un donneur et dix couffins. En France, les gamètes d'un même individu ne peuvent servir qu'une dizaine de fois*, in *Le Monde*, 27 settembre 2011. Allo stesso modo lo sottolinea KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*, p. 92.

<sup>48</sup> OVOCYTE MOI, *Noire et infertile, une vie passionnée*, YouTube e Facebook.

Dall'altro sottolinea come vi sia «une méconnaissance et beaucoup de tabou. Des femmes noires qui ont eu recours à un don d'ovocytes à l'étranger gardent le secret. Elles sont tellement stigmatisées qu'elles ne souhaitent pas en rajouter. Et personne n'en jamais entendu parler. C'est d'autant plus vrai quand l'infertilité est du côté de la femme. Car c'est elle qui porte le poids de la fertilité. [...] [S]ur le plan culturel, le don de gamètes appartient aux "choses des blancs". On fait comme si le don d'ovocytes et de spermatozoïdes n'existaient pas en Afrique, alors que c'est faux!»<sup>49</sup>. Il tabù che circonda il tema è posto in luce anche dalla testimonianza di Jérôme Deneubourg, autore della prima opera biografica in materia di dono di seme, in riferimento al primo colloquio con la dottoressa incaricata di accoglierlo nel percorso di dono. Domandando se effettivamente in Francia vi sia una penuria di gameti, il medico risponde come del suo fenotipo (pelle chiara e capelli biondi) la carenza non si avverta, «mais, par exemple, pour des Sri Lankais, il y a un déficit»<sup>50</sup>.

Tornando al modello implementato da Georges David, una buona prassi consisteva poi nel garantire che da un campione di spermatozoi non nascessero più di cinque bambini, anche se, a causa della penuria di donatori, con il tempo il numero venne aumentato a dieci<sup>51</sup>. Tuttavia tali cifre non conoscono alcun riscontro effettivo, considerato come i CECOS non abbiano mai istituito un registro federale dei donatori e come, prima della *loi n° 94-654 du 29 juillet 1994*, non esistesse alcun vincolo legale in questo senso. Invero nessun controllo era posto per evitare la *serialità* del dono, cioè l'ipotesi che uno stesso individuo potesse ripetutamente donare i propri gameti senza incorrere in alcun controllo. Ancora oggi l'assenza di un'organizzazione amministrativa centrale della federazione CECOS impedisce di stabilire se un medesimo donatore si sia rivolto a più di un centro.

La mancanza di una gestione centralizzata dei CECOS ha anche permesso ai singoli centri di stabilire i propri protocolli senza vincoli, così da permettere l'impiego di protocolli differenti anche tra i medici afferenti a un medesimo centro<sup>52</sup>. Per esempio lo psicologo clinico

<sup>49</sup> RIO V., *Ovocyte moi – Interview du mois*, in *Collectif BAMP*, Bamp.fr, consultato il 28 agosto 2018.

<sup>50</sup> DENEUBOURG J., *Parcours d'un donneur de gamètes*, L'Harmattan, Paris, 2018, p. 26.

<sup>51</sup> CAHEN F., VAN WIJLAND J., *op. cit.*, pp. 98-99.

<sup>52</sup> Per fornire un esempio puntuale, presso l'*Hôpital Necker* il requisito soggettivo constava nell'essere una coppia eterosessuale sposata e la regola dell'anonimato funzionava in ambo i sensi rispetto a donatori e riceventi. Si applicava la regola dell'*appariement* in base al gruppo sanguigno e ai caratteri fenotipici della coppia e i

Jean-Loup Clément, afferente al CECOS di Lione a fine anni '70, ha riferito come alcune coppie richiedessero ai medici di impiegare i gameti del donatore con cui avevano concepito il primo bambino anche per provare a concepirne un secondo. Ciascun medico decideva in propria coscienza e compatibilmente con le scorte di campioni se ciò fosse o meno possibile. Spesso, tuttavia, la risposta fornita ai pazienti non collimava con la realtà fattuale<sup>53</sup>. Sempre a riguardo della scarsa trasparenza che caratterizzava il rapporto medico-paziente, legittimi dubbi morali possono essere sollevati circa le pratiche di *mélange* di seme maschile, vale a dire dei casi *inspiegabili* di sterilità di coppia, per i quali si procedeva a esperimenti di fecondazione di alcuni ovuli della donna con il seme del marito e di altri con quello di un donatore. Il procedimento sperimentale mirava a comprendere per via induttiva se l'elemento patologico riguardasse i gameti maschili o quelli femminili, creando quindi embrioni potenzialmente rispondenti a un elemento esterno alla coppia a solo fine diagnostico<sup>54</sup>.

In aggiunta a ciò, il reclutamento dei donatori non ha sempre seguito canoni etici. Infatti, tolta una minima quota di donatori spontanei, si è già evidenziato come Georges David avesse provato a convertire i donatori di sangue in donatori di seme. Un ruolo essenziale fu poi giocato dalle coppie di pazienti che sollecitavano dei conoscenti a donare al fine di abbreviare i tempi d'attesa per la coppia stessa<sup>55</sup>. In più, vista la perdurante illegalità della sterilizzazione maschile per via chirurgica fino al 2001, alcuni medici accettavano prima di quell'anno di operare alcuni pazienti conservando per loro un campione di seme, qualora avessero cambiato idea, e chiedendo *in cambio* un campione *in dono* per una banca del seme<sup>56</sup>. Ancora, tra i principali soggetti

donatori potevano essere celibi e non aver mai procreato. Diversamente, all'*Hôpital Kremlin Bicêtre*, primo *Cecosperme* fondato da Georges David, si richiedeva che il donatore avesse già procreato e che la consorte desse il proprio consenso al dono al fine di integrare quel particolare dono *da coppia a coppia*. Delle differenze tra protocolli nei centri tratta diffusamente KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*, pp. 52-53.

<sup>53</sup> CLÉMENT J.-L., *Mon père est mon père*, L'Harmattan, Paris, 2009, pp. 63-64.

<sup>54</sup> NAU J.-Y., *Les activités contestées de la banque de sperme de Paris*, in *Le Monde*, 12 déc. 1991, così come in DE LUNA N., *Éthique et gratuité: la plaidoyer de la banque de sperme de Paris*, in *Le Quotidien du médecin*, 18 décembre 1991.

<sup>55</sup> Arthur Kermalvezen, marito di Audrey Kermalvezen, nonché militante anch'egli dell'associazione *Procréation Médicalment Anonyme*, lo mette in luce in KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, Éditions J'ai Lu, Paris, 2010, p. 27.

<sup>56</sup> L'avv. Audrey Kermalvezen riporta la testimonianza di un donatore, al quale il professor Jouannet, primo allievo di Georges David, propose esattamente questo scambio. KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*, p. 65.



reclutati per donare negli anni '70 vi erano gli studenti di medicina per un doppio ordine di ragioni: da un lato il loro presunto «niveau intellectuel satisfaisant» e dall'altra la, sempre presunta, maggior consapevolezza circa «les risques de consanguinité liés à une multiplicité de dons et plus enclins à déclarer d'éventuels antécédents médicaux familiaux gênants»<sup>57</sup>.

Occorre inoltre tenere a mente come ai CECOS si fossero nel tempo affiancati due tipi di concorrenze: una posta in essere in modo clandestino, ma legale, dagli studi medici praticavano ancora la PMA con dono attraverso seme *fresco*, secondo la più antica scena del donatore celato da un paravento nello studio medico, dove raccolta del seme maschile (dietro retribuzione) e iniezione nell'utero della paziente avvenivano senza soluzione di continuità. Tali pratiche comportavano notevoli rischi per la salute sia della donna, sia del concepito, stante la mancanza di qualsivoglia *screening* delle malattie sessualmente trasmissibili del donatore, ivi incluso il virus dell'HIV<sup>58</sup>. A concorrere con l'attività dei CECOS vi erano anche le banche del seme fondate in autonomia rispetto agli ospedali pubblici, quali il *Centre d'exploration fonctionnelle et de recherche en hormonologie* (CEFER, creato nel 1973 a Marsiglia), la *Fondation de recherche en hormonologie* (FRH, fondata a Parigi nel 1980 su iniziativa del dottor Michel Jondet, ex co-fondatore del centro dell'Hôpital Necker), l'*Association Nord-Lorraine d'étude et de conservation du sperme humain*

<sup>57</sup> La ginecologa Marie-Cécile Jondet nella propria tesi di laurea attestava al 43% la presenza di studenti di medicina tra i donatori di seme; JONDET M.C., *Problèmes psychologiques, moraux, religieux et juridiques soulevés par l'insémination thérapeutique humaine*, p. 56. I coniugi Kermalvezen nelle rispettive opere danno conto, da un lato, di come alcuni medici si siano anche *spesi* in prima persona nel *donare* il seme, in KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, Éditions J'ai Lu, Paris, 2010, p. 130. Dall'altro, come il diffondersi delle tecniche di PMA anche a favore dei detenuti, i quali, fino al 1994 (con la *Loi 94-43 du 18 janvier 1994*), non avevano diritto ad accedere all'assistenza sanitaria pubblica, abbia comportato la possibilità che i medici in cambio dei cicli di fecondazione assistita abbiano trattenuto dei campioni di seme dei detenuti per impiegarli presso le banche del seme; in KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*, pp. 67-69.

<sup>58</sup> A dar conto della presenza di reti clandestine fu il Ministro della famiglia, Monique Pelletier che, durante una seduta pubblica del *Sénat* il 5 giugno 1980 constatò l'esistenza di «quelques officines où des séances d'insémination artificielle sont proposées sans contrôle ni garantie aux femmes, avec des motivations lucratives».

(ANLECOS), *Nature et fertilité* (Marsiglia, anni '70) e l'*Eurosperme* (creato a Montpellier con i campioni di seme ricevuti da Marsiglia).

Nel 1993 Simone Veil, nominata nuovamente Ministro della Salute, convocò un nutrito gruppo di esperti al fine di valutare la pratiche di PMA affermatesi in Francia e di strutturare i lavori preparatori per una normativa di rango primario che unificasse le esperienze dei centri su tutto il territorio. L'opinione pubblica si stava inoltre interrogando sull'ipotesi che l'epidemia di AIDS, esplosa tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, potesse aver conosciuto un'eco materiale anche presso le banche del seme. Presso i CECOS dal 1985 si pratica un test dell'HIV sui gameti, ma gli enti che erano nati al di fuori della federazione, così come i Paesi verso i quali i cittadini francesi viaggiavano in cerca delle cure riproduttive, non offrivano la medesima garanzia. Lo scandalo vero e proprio scoppiò quando si scoprì come alcuni *stock* di prodotti di derivazione ematica non testati per l'HIV fossero rimasti in circolazione<sup>59</sup>. Georges David ha ricordato la reticenza con cui molti colleghi si prestarono a imporre le analisi dei campioni di spermatozoi conservati, considerata la fondata preoccupazione di poter apprendere *a posteriori* che alcuni di essi fossero contaminati. Ciò avrebbe significato per i centri un'assunzione di responsabilità retroattiva difficilmente configurabile, stante l'ignoranza in materia di AIDS esistente fino al 1985<sup>60</sup>. Inoltre vi era un problema di ordine pragmatico, rivelato dal dottor Jondet, fondatore del CECOS dell'*Hôpital Necker*, nel corso dell'inchiesta condotta da Audrey Kermalvezen: si tratta della persistente discrepanza tra i dati forniti annualmente dall'*Agence de la Biomédecine* in fatto di *stock* di gameti maschili e quelli forniti dai CECOS. Da un lato vi è infatti la costantemente evocata *penuria* di donatori e, dall'altro, numeri che non si conciliano con quelli di raccolta dei CECOS<sup>61</sup>. In altri termini, Jondet lascia trapelare come i contenitori di azoto liquido entro i quali si conservano i campioni di seme siano a tutt'oggi contenenti campioni non testati rispetto al virus dell'HIV. Ciò in quanto, come ha sottolineato il medico, il test è possibile solo una volta che il seme sia ricondotto a temperatura ambiente, ma, in tal caso, se l'utilizzo non risulta immediato, il campione diviene inutilizzabile<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Ne tratta KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*, p. 86.

<sup>60</sup> CAHEN F., VAN WIJLAND J., *op. cit.*, p. 88.

<sup>61</sup> Secondo l'*Agence de la Biomédecine*, nel 2015 in Francia ci sarebbero stati ben 795 nuovi donatori e nel 2016 altri 363; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport Annuel - 2016*, Paris, 2017, p. 66 e AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport Annuel - 2017*, Paris, 2018, p. 65.

<sup>62</sup> KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*, pp. 247-249.

Nel mentre era intervenuta un'innovazione cruciale: a partire dalla metà degli anni '90 le richieste di IAD erano andate diminuendo, fino a dimezzarsi, a causa dell'ideazione dell'ICSI (*Intracytoplasmic Sperm Injection*). Tale procedura consentiva infatti l'impiego, in determinati casi, del liquido seminale dell'uomo ritenuto sino a lì *sterile*. Potendosi iniettare uno spermatozoo direttamente nella cellula uovo, infatti, i medici compresero come alcuni pazienti fossero in realtà *ipofertili* e così molte coppie annullarono le richieste di dono di spermatozoi<sup>63</sup>. In conclusione, un nuovo tassello si era aggiunto nel mosaico che disegnava la separazione tra sessualità e riproduzione. Invero grazie alla possibilità di crioconservare il seme e di unirlo all'ovocita in laboratorio, la distanza fisica e psicologica tra donatori e riceventi andava ancora a ridursi, divenendo invece più ampio lo spettro di medicalizzazione della riproduzione umana. Quest'ultima diventava infatti potenzialmente gestibile nella sua interezza nell'ambiente di laboratorio, almeno per ciò che concerneva la fecondazione. Ciò fu anche possibile in quanto, dalla seconda metà degli anni '80, si era avviata con successo la pratica del dono di cellule uovo, conducendo sulla scena delle ARTs nuovi profili di alto rilievo, riguardanti specialmente il tema del *genere* associato al dono.

#### 4. *La loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 e il modello bioetico francese*

In Francia l'assenza di un quadro normativo di riferimento per la PMA con dono aveva dunque comportato gravi conseguenze sul piano dell'etica medica e su quello della salute pubblica. Così il *Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé* (CCNE) era intervenuto dapprima organizzando un congresso internazionale dal titolo "*Génétique, procréation et droit*" e successivamente con un documento di natura consultiva, un *avis* circa le insufficienze dell'organizzazione del dono di gameti dell'epoca e le potenziali nefaste conseguenze quali «risques graves, au plan de la santé publique et au plan éthique»<sup>64</sup>. Nel frattempo anche il *Conseil d'État* aveva sollecitato un intervento normativo, concretizzatosi nella *Loi 91-1406 du 31 décembre 1991*, recante una miscellanea di

<sup>63</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Avis n°90, Accès aux origines, anonymat et secret de filiation*, 24 novembre 2005, p. 13.

<sup>64</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Avis sur l'organisation actuelle du don de gamètes et ses conséquences*, 7 juillet 1990, ccne-ethique.fr, consultato il 7 maggio 2018.

disposizioni in materia sociale, il cui art. 13 stabiliva per la prima volta che il dono, la raccolta, il trattamento e la conservazione del seme maschile potessero essere svolte esclusivamente da strutture autorizzate (per un periodo di 5 anni dal momento del rilascio) dal Ministero della salute, secondo i criteri sanciti da un decreto del *Conseil d'État*. Ulteriore novità ivi contenuta era la chiara definizione della *gratuité* del dono. Nel 1994 la Francia si è infine dotata della prima regolazione organica della materia attraverso l'emanazione di tre testi fondamentali: la *loi n° 94-548 du 1<sup>er</sup> juillet 1994* relativa al trattamento dei dati personali in ambito di ricerca medica<sup>65</sup>, la *loi n° 94-653 du 29 juillet 1994* in fatto di rispetto del corpo umano e la *loi n° 94-654 du 29 juillet 1994* in materia di dono e utilizzo degli elementi e dei prodotti del corpo umano, di PMA e di diagnosi prenatale. Il Legislatore francese ha così gettato le fondamenta di un sistema, progressivamente aggiornato e integrato nel *Code de la Santé Publique* (CSP), a oggi completo e dettagliato. In materia di IAD appare proficuo sottolineare come, agli albori della relativa normativa, la tecnica fosse stata concepita come residuale. Infatti, l'art. L. 152-6 della *loi n° 94-654* stabiliva come «[l']assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir».

Quali sono dunque i principi cardine del sistema che regola il dono e l'utilizzo dei gameti e qual è stata la loro genesi? Come già accennato in precedenza, si tratta di *consentement (préalable)*, *anonymat* e *gratuité*, mutuati dalla pratica medica non solo già esistente, ma ormai saldamente ancorata nel tessuto sociale e percepita come legittima al di là della carenza di regole specifiche. La legge è dunque giunta a consacrare un prototipo di PMA con dono integralmente rodato, seppur soggetto a critiche di ordine etico (reclutamento dei donatori) e altre inerenti la salute pubblica (il pericolo della diffusione dell'HIV). *In primis*, sul tema generale del consenso si sono già spese diverse righe e, per quel che concerne la lettera della legge in analisi, rimane da porre in luce in quale modo si sia avvertita l'esigenza di declinare il principio nello specifico. Occorre tenere a mente innanzitutto una premessa di ordine sociale circa la conformazione dei rapporti coniugali in Occidente fino, almeno, alla prima parte del XX secolo. La donna, nella sua corporeità, ma non solo, era considerata alla stregua di un bene nel *possessione* prima del padre e poi del marito, salvo varie

<sup>65</sup> Recante modifiche alla *loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

circostanze tragiche di intervento di tutori estranei a queste figure. La morale coniugale, nelle sue evidenti radici cristiane, conferiva al marito un «diritto esclusivo, non cedibile, inalienabile» sul corpo della moglie<sup>66</sup>. In questo senso il riferimento va dunque condotto al primo esperimento di IAD nella storia medica, portato a termine a fine '800 dal professor William Pancoast. Al medico si rivolse una coppia affetta da infertilità primaria e Pancoast, coerentemente con l'impostazione del tempo, si dedicò innanzitutto alla donna, con un esame «very complete, almost as perfect as an army examination»<sup>67</sup>. La relazione degli esami condotti lascia trasparire tanto l'interesse sperimentale dell'équipe medica (composta da studenti e specializzandi), quanto l'assenza di scrupoli nei confronti della sensibilità e del pudore della donna (particolarmente acuiti dalla fede quacchera). All'esito degli esami emerse come il marito soffrisse di azoospermia e in precedenza, senza dichiararlo alla moglie, fosse stato affetto da gonorrea. Così, non potendo utilizzare i gameti dell'uomo, Pancoast decise di raccogliere un campione di seme dal «best looking member of the class» e, mentre la donna era sotto anestesia totale, procedette a iniettarlo nell'utero. Invero «[n]either the husband nor the wife was told of the procedure. Dr. Pancoast later reluctantly told the husband, who much to the physician's relief was pleased and suggested his wife not be told of the situation»<sup>68</sup>. Allo stesso modo «the procedure was so novel, so peculiar in its human ethics, that the six young men of the senior class who witness [sic] the operation were pledged to absolute secrecy»<sup>69</sup>. Si può supporre che casi analoghi siano venuti in essere e che l'esigenza sperimentale alla base della conoscenza medica del corpo umano abbia condotto a violare la volontà dei pazienti di ambo i sessi. Pertanto non può stupire come il Legislatore della *loi n° 94-654 du 29 juillet 1994* si sia prodigato a sancire all'art. L. 152-2 che l'uomo e la donna nella coppia dovessero fornire entrambi il consenso a sottoporsi a un trattamento di PMA. Nondimeno, il consenso è stato posto alla base del prelievo e della raccolta degli elementi e dei prodotti del corpo umano (art. L. 665-11 della *loi 1994*). Il principio del consenso (attuale art. L1211-2 CSP), per altro, ha subito solo delle irrilevanti riformulazioni lessicali, senza mutare nella sostanza.

*In secundis*, il modello bioetico francese risponde al principio di gratuità, sancito dall'art. L. 665-13 della *loi 1994* e oggi contenuto nel-

<sup>66</sup> BETTA E., *op. cit.*, p. 158.

<sup>67</sup> HARD A.D., *op. cit.*, 1909.

<sup>68</sup> GREGOIRE A.T., MAYER R.C., *The Impregnators*, in *Fert. & Ster.*, 1965, vol. 16, no.1.

<sup>69</sup> HARD A.D., *op. cit.*, 1909.

l'art. L1211-4 CSP<sup>70</sup>. La lettera della norma è rimasta immutata nella parte iniziale, stabilendo come «[a]ucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits». Il testo originale prevedeva l'ipotesi che una frazione delle spese sanitarie potesse divenire oggetto di rimborso tra privati, ma la clausola è stata eliminata a favore della presa in carico integrale delle spese da parte della struttura sanitaria. Come si è in precedenza notato, la gratuità ha costituito il secondo tratto tipico delle ricerche di Georges David<sup>71</sup> e rispondeva a un duplice ordine di ragioni. Da un lato vi era il disvalore morale associato alla transazione economica per un elemento del corpo umano. Un disvalore più o meno declinato nella nozione di potenziale *sfruttamento* del donatore, specialmente se posto in condizioni socio-economiche tali da non poter che *rinunciare* a una parte di sé per sopravvivere. L'argomentazione legata alla non perfetta razionalità del donatore rimane una la base più solida dalla quale limitare la libertà individuale rispetto alla *disponibilità* del proprio corpo, in un'ottica schiettamente paternalistica. Dall'altro lato la gratuità del dono di gameti ha tratto origine dalla loro omologazione al sangue e, più in generale, agli organi umani, fortemente difesa da David, specialmente da membro del *Comité consultatif national d'éthique* (CCNE)<sup>72</sup>. Invero per l'ematologo «[c]e que prouvait le don de sang, c'est un attachement possible à autrui, à un inconnu. Je misais sur cette générosité humaine, et ce pari a fonctionné. [S]a seule déception, c'est de ne pas être parvenu à convertir les donneurs de sang en donneurs de sperme»<sup>73</sup>. La spontanea generosità umana pareva quindi essere, al contempo, motore e condizione del dono; David ha infatti «transposé le modèle du don de sang au don de sperme en imposant la gratuité et l'anonymat du don» associandovi «la notion du don de couple à couple, c'est-à-dire d'un couple fécond à un couple infé-

<sup>70</sup> Il principio di gratuità era già stato sancito all'art. 13 della *Loi 91-1406 du 31 décembre 1991*.

<sup>71</sup> In riferimento al congresso sulla PMA tenutosi a Parigi nel 1979, David ricorda come: «ce qui a le plus étonné les auditeurs étrangers c'était la gratuité. Là, nous n'avons pas convaincu. Les Américains, par exemple, y voyaient une complication inutile. À part peut-être par quelques Anglais, le modèle n'a été repris nulle part et est resté, d'une certaine façon, une exception». CAHEN F., VAN WIJLAND J., *op. cit.*, pp. 110.

<sup>72</sup> Si veda COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Avis n° 28, Avis sur la transfusion sanguine au regard de la non-commercialisation du corps humain. Rapport*, 2 décembre 1991.

<sup>73</sup> CAHEN F., VAN WIJLAND J., *op. cit.*, pp. 56-57.

cond»<sup>74</sup>. Secondo David, pertanto, la gratuità richiama inevitabilmente il principio dell'anonimato anche se, occorre darne debito conto, nel momento in cui gli intervistatori pongono al professore la questione sul *pourquoi* debba essere così, nessuna spiegazione puntuale viene fornita. In questo senso, da parte di chi scrive, sembra necessario dare spazio anche all'opinione della sociologa e antropologa Irène Théry in materia, laddove sostiene che la percezione della *naturalité* del tritico formato da consenso - gratuità - anonimato fa sì che «[o]n dépeindra alors l'étranger comme un monde inquiétant et menaçant à la fois, où les valeurs les plus éminentes sont bafouées, où tout ce qu'il y a de plus sacré s'effondre devant la montée en puissance des forces aveugles du marché et la toute-puissance désymbolisante de la technique»<sup>75</sup>. Evidentemente la potenza di simili argomentazioni assurgerà al massimo grado quando si avrà modo di addentrarsi nel tema della *Gestation pour autrui* (GPA). La gratuità quindi assolve alla funzione di garantire un livello minimo di moralità al dono, sia come limite allo sfruttamento dei donatori, sia come tutela della *genuinité* del rapporto tra donatore e ricevente.

Infine, il modello bioetico francese si completa con il principio di anonimato, introdotto dalla *loi 1994* all'art. L. 665-14, mai sottoposto a modifica e ora contenuto nell'art. L. 1211-5 CSP, §1: «[l]e donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. [§2] Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique». Come si avrà modo di vedere, l'unico criterio cui risponde l'accostamento dei principi di gratuità e di anonimato è quello di un modello etico che trae origini da una specifica morale coniugale e sessuale. Occorre poi aggiungere un'ultima chiosa circa il cruciale contributo fornito da Georges David in materia di PMA con dono di gameti. L'impegno profuso nella creazione della *Fédération* dei CECOS ha consentito alla *pratica* clinica di divenire *norma* giuridica<sup>76</sup>. Lo stesso professore ha evidenziato come la sua carriera sia stata dedicata a veder riconosciuta la *legittimité* del dono di gameti in ambito di PMA<sup>77</sup>. Tale legittimità, secondo

<sup>74</sup> *Ivi*, p. 81.

<sup>75</sup> THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 2010, p. 40.

<sup>76</sup> Lo ricorda efficacemente anche CHEVALIER B., *Donner ses gamètes: savoir pourquoi sans savoir pour qui*, in *Andrologie*, 2010, 20 (1), pp. 72-75.

<sup>77</sup> David Georges, in *Presses Universitaires de France*, puf.com, consultato il 30 aprile 2018.

l'autore, discenderebbe precipuamente dalla costruzione del modello bioetico attorno ai tre noti principi, in grado questi ultimi di costituire le fondamenta del "*don de couple à couple*". Tale concetto «fonde le rapport entre donneurs et receveurs sur l'empathie et la solidarité, mais respecte l'autonomie de leurs conjugalités respectives. Le CECOS intervenient dans ce rapport pour offrir les moyens de tenir secret le mode de conception de l'enfant, si tel est le souhait du couple; pour garantir l'anonymat du donneur estimé indispensable; et pour assurer le sérieux des praticiens à qui tous auront affaire [...] Le médecin, dans son rôle essentiel de médiateur permettant de tenir les deux couples à l'écart»<sup>78</sup>. Come pone in luce la sociologa Simone Bateman, Georges David in qualità di medico cattolico era intenzionato a legittimare questo dono non solo presso l'opinione pubblica e le istituzioni laiche, ma soprattutto presso le istituzioni ecclesiastiche. L'unica via efficacemente percorribile in tale ottica era quindi quella di privare del loro *status* i gameti (all'epoca esclusivamente maschili), negando implicitamente la loro precipua funzione *riproduttiva*, parificandoli al sangue e alla genericità degli organi. Successivamente, affinché la morale cattolica non venisse violata, l'elemento economico è stato pretermesso dalla relazione tra donatore e ricevente. Infine, l'anonimato ha giocato il più fondamentale dei ruoli, come si vedrà tra poche righe. Prima di ciò, tuttavia, occorre segnalare come lo schema del dono *don de couple à couple* abbia permesso anche di celare il disagio dell'uomo infertile rispetto alla propria condizione, da sempre oggetto di confusione tra il piano della riproduzione (e quindi della fertilità) e quello della sessualità (intesa come virilità). Il concetto del dono tra coppie e l'impegno dei CECOS nel non cercare un donatore *sosia* del marito erano intesi a garantire agli uomini infertili di rigettare, almeno in parte, la sensazione di *sostituzione* da parte di un rivale, cioè del verificarsi di un *tradimento*.

A partire dalla fondazione del primo *Cecosperme*, le istituzioni francesi hanno dunque assistito e partecipato alla costruzione di quello che oggi viene chiamato modello bioetico francese. Un modello scaturito esclusivamente dalla pratica della PMA, ma che ha poi conosciuto due moti di segno opposto nella sua consolidazione. Da una parte, la PMA è stata *déspécifiée* (*niveau englobant*) e i suoi principi cardine sono stati estesi all'intero spettro dell'etica medica

<sup>78</sup> BATEMAN-NOVAES S., *Moraliser l'artifice: religion et procréation assistée. Le cas du modèle CECOS*, in MAÎTRE J., MICHELAT G. (eds.), *Religion et sexualité, actes du colloque de l'Association française de sciences sociales des religions, IRESCO, 4-5 fév. 2002*, L'Harmattan, Paris, 2003, p. 85.



francese, divenendo i «grands principes éthiques». Dall'altro, invece, la PMA è *respécifiée (niveau englobé)* al fine di «défendre une certaine morale de la famille conjugale en présentant la pseudo-filiation charnelle issue de l'IAD comme le résultat du traitement médical de la stérilité d'un couple», cioè di consentire la *moralisation* del dono di gameti, così come lo stesso David ha inteso la propria missione<sup>79</sup>.

##### 5. Il principio dell'anonimato nel dono di gameti: l'oggetto dell'anonimato e il potere medico

Quando si tratta di *anonimato* riguardo al dono di gameti, spesso si trascurava di valutare il significato che correntemente si attribuisce a tale nozione. Etimologicamente l'anonimato è la mancanza di un nome, dal greco ἀνώνυμος, composto da un suffisso privativo (ἀν-) e da uno definitorio (ὄνομα, "nome"). L'anonimato nella PMA si estende però a un insieme ben più ampio ed eterogeneo di elementi rispetto al semplice nome. Infatti, laddove operi l'anonimato, a non essere divulgabili sono tutti i dati del donatore, ivi inclusi i c.d. elementi non identificativi<sup>80</sup>. Questi ultimi, in alcuni ordinamenti, costituiscono il nucleo di informazioni che possono essere rivelate agli «*enfants du don*» («*enfants IAD*»), vale a dire le persone concepite attraverso PMA con dono nel lessico abituale dei CECOS<sup>81</sup>. Il principio di anonimato, in ogni caso, è ormai annoverato tra i principi generali del dono di tessuti e organi umani a livello europeo. La direttiva 2004/23/EC ha infatti sancito come principio generale che le identità di donatori e riceventi debbano essere reciprocamente ignote, fatta salva la legislazione già vigente in materia negli Stati membri rispetto alle condizioni di *disclosure*, specialmente quando si tratti di dono di gameti (§29)<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> La gerarchizzazione delle due concezioni dei principi del modello bioetico è di THÉRY I., *op. cit.*, pp. 69-70.

<sup>80</sup> Tra gli elementi non identificativi vengono usualmente annoverati i tratti somatici (sesso, altezza, peso, colore degli occhi, dei capelli e della pelle), quelli sociali (Paese di nascita, professione di una fede religiosa, impiego e interessi) e quelli relazionali (come la presenza di figli).

<sup>81</sup> La prima formula è anche il titolo di un'opera apparsa una decina di anni fa a opera di un sociologo francese, MEHL D., *Enfants du don. Procréation médicalement assistée, parents et enfants témoignent*, Éditions Robert Laffont, Paris, 2008. Cfr. KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*, p. 28. La seconda formula, invece, è riportata in KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, p. 31.

<sup>82</sup> A titolo esemplificativo, l'ordinamento britannico non prevede più la possibi-

La legge francese accorda al soggetto che intende donare i propri gameti il completo diritto a vedersi attribuire un numero, detenuto dal CECOS di riferimento e non integrato in un registro su base regionale o nazionale, privo perciò di un'effettiva funzione identificatrice<sup>83</sup>. Dal 1994 i medici dei CECOS controfirmano i documenti in grado di identificare donatori e riceventi, detenendo pertanto un potere pieno ed esclusivo rispetto alla conoscenza di simili dati. In aggiunta a ciò, il secondo *alinéa* dell'art. L. 1211-5 CSP<sup>84</sup> contiene un'unica eccezione alla regola dell'anonimato: l'ipotesi di una "necessità terapeutica" tale da consentire la comunicazione dell'identità del donatore o della donatrice. Analogamente dispone anche l'art. 16-8 CC. Ebbene, l'interpretazione che i CECOS forniscono alla dicitura

lità per un donatore o una donatrice di gameti di rimanere anonimi. La *Human Fertilisation and Embriology Authority* (HFEA), a seconda della data di nascita della persona interessata, può fornire le informazioni relative al donatore. La *ratio* è chiaramente da ricondurre alla vigenza di diverse norme a seconda dei periodi: esclusivamente i nati dopo il 1° aprile 2005 (in virtù delle HFEA *Regulations* adottate nel 2004, "*Disclosure of Donor Information*" e della revisione del 2008 allo *Human Fertilisation and Embriology Act 1990*) hanno diritto di venire a conoscenza, al compimento della maggiore età, dell'identità del proprio donatore e del suo ultimo recapito noto. Al compimento dei 16 anni, invece, tali soggetti hanno diritto a conoscere solo alcuni elementi non identificativi, quali la data e il Paese di nascita, lo stato civile, la presenza di figli (compreso numero e genere), nonché la storia medica del donatore o della donatrice. Al contempo, sempre in virtù delle suddette modifiche, donatori e donatrici possono richiedere di conoscere il numero di nati in seguito al dono, l'anno di nascita e il genere del nato. Invece, per quanto concerne i nati tra il 1° agosto 1991 e il 31 marzo 2005 (in vigenza della *Human Fertilisation and Embriology Act 1990*), sono messi a disposizione esclusivamente gli elementi non identificativi, a qualunque età l'interessato ne faccia richiesta. Il sito della HFEA fornisce un semplice e intuitivo portale per chiunque cerchi chiarimenti etichettati per argomento: "*I want to find out about my donor*" indica le possibilità, ripartite a seconda della data di nascita dell'interessato; cfr. *Finding out about your donor and genetic siblings*, hfea.gov.uk. In ogni caso la protezione dell'identità dei donatori è sempre meno effettiva, se si tiene a mente il fenomeno della diffusione di test del DNA praticabili anche in ambito domestico. GRIFFIN A., *Anonymous sperm and egg donation is over because of the rise of genetic testing at home, says new research*, in *The Independent online*, Wednesday 13<sup>th</sup> April 2016, independent.co.uk, visitato il 9 maggio 2018.

<sup>83</sup> Vincent Brès (*enfant IAD*), attuale presidente della PMAAnonyme, descrive la figura del donatore come «floue, éthérée, mystérieuse» nell'introduzione a DENEUBOURG J., *op. cit.*, 2018, p. 7.

<sup>84</sup> La disposizione appartiene al *Titre I<sup>er</sup>* sui *Principes généraux*, contenuti nel *Livre II* (*Don et utilisation des éléments et produits du corps humain*). Trattasi del Libro del CSP in cui i gameti vengono significativamente ordinati al medesimo livello degli altri elementi e prodotti del corpo umano.

“necessità terapeutica”, in assenza di una definizione di rango legislativo, è oltremodo restrittiva ed è integrata nel solo caso in cui il soggetto richiedente sia «déjà atteint d’une maladie physique grave et pouvant être soigné». Tale definizione esclude evidentemente non solo la possibilità di accedere a percorsi di prevenzione della malattia, dovendo questa già essere in atto, ma anche quella di diagnosi tempestiva<sup>85</sup>. Coerentemente con simile impianto, l’anonimato opera anche qualora a essere donati non siano dei gameti, bensì degli embrioni (art. 2141-6, al. 3). Alcuni *enfants IAD* percepiscono quindi un esercizio arbitrario e sregolato del potere da parte dei CECOS. Un potere che non conosce una morfologia istituzionalizzata, ma si è costruito attraverso la pratica clinica. Inoltre, «[l]e recul que l’on a en France sur les AMP avec IAD dans les couples hétérosexuels montre que certains enfants intègrent complètement leur filiation sociale et juridique, alors que d’autres la ressentent comme une privation qui leur fait violence, sans que l’on sache très bien s’il s’agit du fait lui-même ou de l’anonymat qui résulte de la loi»<sup>86</sup>.

Su quali profili agisce dunque l’anonimato? Innanzitutto, sull’identità di donatori, riceventi ed *enfants du don*. I medici rimangono infatti gli unici in grado, potenzialmente, di ri-assemblare la più o meno complessa struttura di rapporti genetici costituitisi grazie a una PMA con dono<sup>87</sup>. Inoltre, a coronamento dell’asimmetria informativa e del paternalismo caratterizzanti il rapporto con i pazienti<sup>88</sup>, i medici dei CECOS hanno proposto e favorito un meccanismo di fondazione delle famiglie, attraverso la IAD, basato su una simula-

<sup>85</sup> La definizione dei CECOS è stata fornita ad Audrey Kermalvezen nel corso della propria inchiesta. Si veda KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d’État*, p. 180.

<sup>86</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D’ETHIQUE, *Avis n° 126, Avis du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l’assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017, p. 6.

<sup>87</sup> «De quel droit les médecins sont-ils les seuls à détenir des informations qui nous importent pour notre devenir, à nous enfants issus de leurs expériences?», in KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, p. 51.

<sup>88</sup> Ci si riferisce a quanto già ricordato rispetto all’impiego dei gameti maschili del medesimo donatore del primo figlio per concepirne un secondo. I medici dei CECOS non sempre fornivano risposte aderenti alla realtà. Arthur Kermalvezen, militante di primo piano a livello nazionale nella lotta per la rimozione dell’anonimato, evidenzia come l’asimmetria informativa tra medici e pazienti «contribue inévitablement à mettre [les] parents en position d’enfants [...]». Un parent qui dit «je ne sais pas» à un enfant qui le questionne à vite fait d’être «désidéalisé»; *ivi*, p. 59. Kermalvezen vede addirittura nella vigente legislazione lo spazio per «transformer le médecin, ordonnateur de l’expérience scientifique, en Dieu en personne»; *ivi*, p. 61.

zione. A dispetto di un recente cambio di orientamento, infatti, i professionisti sanitari in seno ai CECOS hanno inizialmente motivato i futuri genitori a nascondere il metodo di concepimento ai propri figli. L'inserimento nel percorso di PMA con dono di una consulenza psicologica obbligatoria per i pazienti ha però consentito il cambiamento di rotta verificatosi negli ultimi vent'anni, volto a spronare i pazienti a rivelare l'esistenza del dono ai propri *enfants IAD*.

Come sottolinea Audrey Kermalvezen: «depuis la création des banques de sperme, tout a été conçu pour masquer la réalité de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur en donnant la possibilité aux couples de la présenter comme une procréation charnelle classique, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard de leur propre enfant»<sup>89</sup>. La simulazione di un concepimento *naturale*, garantita dal segreto domestico, ha condotto al consolidarsi di una concezione *therapeutica* in senso classico della PMA con dono. In altri termini, la finzione di un concepimento avvenuto grazie a un rapporto sessuale della coppia di genitori, ha permesso il radicarsi dell'idea che la IAD costituisca una cura per l'*organismo* dei pazienti. Secondo Irène Théry, ciò sarebbe avvenuto al fine di «défendre une certaine morale de la famille conjugale», permettendo la *moralisation* del dono di gameti<sup>90</sup>. La medesima *simulazione* ha operato e opera tuttora quando invece dei gameti a essere stato ricevuto dalla coppia sia stato un embrione<sup>91</sup>. In tal modo il potere medico, come percepito da chi rivendica la conoscenza delle proprie *origini*, ha potuto definitivamente affermarsi, in virtù della natura integralmente tecnico-scientifica della pratica. Tale lettura della IAD è confermata anche da un recente studio del *Conseil d'Etat*, che descrive la pratica come «organisé de telle manière que la naissance de l'enfant ne trahisse pas le secret de sa conception et paraisse ne rien devoir à la technique»<sup>92</sup>. Ciò non significa che le coppie che intraprendono un percorso di PMA con dono siano generalmente orientate a mantenere il segreto, ma che l'ordinamento faciliti coloro che siano intenzionati a farlo.

<sup>89</sup> KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*, p.29. I passaggi nei quali il dato della simulazione emerge sono molteplici, per esempio rispetto al dottor Jouanet che, come primo allievo di Georges David, nel 1980 ebbe a dire: «[n]otre philosophie est d'éviter que l'enfant apprenne par hasard comment il a été conçu sur le plan biologique», p. 30.

<sup>90</sup> THÉRY I., *op. cit.*, p. 70.

<sup>91</sup> DEPADT V., *Anonymiser la vie? Le Conseil d'État, le don de gamètes et la volonté de savoir*, Lextenso, Issy-Les-Moulineaux, 2017, p. 55.

<sup>92</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018, p. 45.

Evidentemente le critiche in quest'ottica, portate da parte di una frazione degli *enfants du don*, possono sussistere solo *de iure condendo* e Arthur Kermalvezen si domanda quindi: «[d]e quel droit les médecins sont-ils les seuls à détenir des informations qui nous importent pour notre devenir, à nous enfants issus de leurs expériences?»<sup>93</sup>. A causa di simile mancanza di legittimità, quanto meno giuridica, se non anche morale, Kermalvezen prosegue sostenendo come «[l]es CECOS étaient au départ un service public qui répondait à la demande des couples et des donneurs. S'ils n'y répondent plus, ils glisseront du service public vers le pouvoir public avec ses règles strictes, jusqu'à devenir une véritable "dictature publique"»<sup>94</sup>. In quest'ottica alcune perplessità vengono sollevate anche rispetto al legame dell'Association des Enfants Du Don (ADEDD), schierata a favore del mantenimento dell'anonimato, con i CECOS<sup>95</sup>. Questi ultimi integrano ormai da diversi anni le attività dell'ADEDD, indicandola sul proprio sito web nazionale come spazio idoneo a ricevere gruppi di dibattito e confronto<sup>96</sup>.

Appare poi rilevante, a parere di chi scrive, soffermarsi sull'ultimo degli elementi evidenziati rispetto alla regola dell'anonimato, vale a dire sulla *simulazione*. Sin dalla descrizione del quadro normativo della PMA si è avuto modo di mettere in luce la prevalenza della costruzione della PMA con dono come trattamento *terapeutico* in senso tradizionale, orientato perciò alla rimozione dei fattori reputati causa di una patologia dell'organismo. Tuttavia simile impostazione soffre di una grave forma di non-rispondenza alla realtà, basata su una tanto banale, quanto sconcertante, evidenza: né l'uomo, che riceva un dono di spermatozoi, né la donna, che riceva un dono di ovociti, al termine del trattamento saranno *guariti*. Quale che sia la patologia che abbia procurato l'esigenza di ottenere dei gameti da un *terzo* rispetto alla coppia, ebbene, tale patologia in seguito all'eventuale concepimento e alla conseguente nascita non viene meno. Si tratta invece di una sostituzione della capacità riproduttiva di un membro della cop-

<sup>93</sup> KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, p. 51.

<sup>94</sup> *Ivi*, p. 54.

<sup>95</sup> Come la portavoce Anne Catherine Le Roux ha sottolineato, secondo l'ADEDD non vi è alcun bisogno di una "*juridisation du don*", in quanto i CECOS provvedono a garantire la procedura senza che il coinvolgimento *personale* del donatore sia richiesto; LE ROUX A.C., *Témoignage, Le don de gamètes, quelles questions pour le 21<sup>e</sup> siècle?*, Espace de Réflexion Éthique de Normandie, CHU Caen, 26 octobre 2017.

<sup>96</sup> CENTRE D'ÉTUDE ET DE CONSERVATION DES EUFS ET DU SPERME HUMAINS, in FAQ, cecos.org, visitato il 14 giugno 2018.

pia, di fatto compromessa, con quella di un *terzo*, al contrario integra. Voler intendere la PMA con dono come *cura* organica costituisce una, più o meno volontaria, distorsione della realtà materiale. L'uomo o la donna che soffrano di infertilità non vedranno la propria condizione dissolversi al momento della nascita di un figlio. Pertanto, a condizione che la diagnosi sia esatta, l'impiego dei gameti di un donatore o di una donatrice costituirà un utile mezzo per sconfiggere gli *effetti* della patologia, ma non certo le sue cause. In questo senso non appare errato sostenere che la IAD abbia integrato per decenni un trattamento palliativo, nel senso etimologico più puro: un protocollo in grado di *palliare* le cause di infertilità o sterilità, capace cioè di coprire con un velo (*pallium*) lo stato patologico uno dei due futuri genitori, avendo quindi come obiettivo quello di far fittiziamente coincidere il dato biologico con quello sociale.

### 5.1. *I soggetti verso i quali opera il principio di anonimato*

Concluso l'*excursus* sul tema della percezione del potere medico da parte degli *enfants IAD*, si possono riprendere le fila del discorso strettamente legato all'anonimato e, in particolare, ai soggetti da esso coinvolti. L'art. L 1211-5 CSP (unitamente agli artt. 16-8 CC, 1244-7 CSP, 2141-6 CSP) sancisce come le identità di donatori e riceventi debbano rimanere vicendevolmente ignote. Tuttavia, nella norma un'assenza brilla manifesta ed è quella del bambino che dal dono potrà nascere. Il CSP in effetti non stabilisce che l'anonimato, *lato sensu*, di donatori e donatrici operi anche nei confronti dei futuri nati e viceversa. La *ratio* di simile mancanza va ricercata nella logica della PMA intesa come *terapia*, della simulazione che nasconde l'infertilità, della *cura* apportata da un donatore a un ricevente. In quest'ottica, infatti, il dono di gameti è del tutto analogo al dono di sangue, trattandosi di un gesto il cui oggetto è un prodotto del corpo umano. Il livello *déspécifié* del modello bioetico, secondo la lettura offerta da Irène Théry, si propone qui nella sua massima evidenza: l'anonimato è una condizione del rapporto tra due individui viventi e il rapporto ha uno scopo *terapeutico* che sorge e si esaurisce nel donare e ricevere il prodotto del corpo umano, svuotato della propria specificità<sup>97</sup>. I gameti, per spermatozoi od ovociti che siano, sono intesi come derivato dell'organismo umano, privati quindi della loro peculiarità *generatrice*.

<sup>97</sup> THÉRY I., *op. cit.*, p. 69.

Così, eliminato concettualmente dalla lettera della norma il carattere preminente *generativo* dei gameti, si rifiuta per conseguenza ogni spazio a quegli individui che dal dono sono concepiti. La rivendicazione degli *enfants du don* in questo senso è nitida nella misura in cui la loro percezione di sé, rispetto alla *loi bioéthique* e all'apparato medico, è quella di essere omessi o *dimenticati*<sup>98</sup>. La *ratio* delle pretese degli *enfants IAD* è manifesto: la lettera della norma non tiene conto dei nati da dono di gameti, stabilendo un principio di anonimato che opera unicamente tra donatori, donatrici e coppie riceventi, cristallizzando la concezione della IAD come *terapia*. Nell'ottica di questi adulti, militanti per il "*droit aux origines*", asimmetria informativa e paternalismo medico hanno costituito una violazione a un loro diritto fondamentale. Violazione *legalizzata* dal vigente sistema bioetico. A parere di chi scrive, tuttavia, alcune critiche di ordine intellettuale andrebbero mosse nei confronti di simili rivendicazioni. A cominciare da quella legata al tema cruciale dell'*origine*.

## 5.2. *Il concetto di origine: punti di metodo*

Le testimonianze degli *enfants du don* che rivendicano l'accesso alle proprie *origini* si sviluppano lungo un racconto concettualmente analoghi per premesse e conclusioni, seppure nella diversità di circostanze materiali. Tale racconto si fonda sulla convinzione di non conoscere la propria *origine*, biologicamente intesa in modo più o meno esplicito, e, pertanto, sulla consolidatasi consapevolezza di non potersi costruire come individui. All'assenza del tassello iniziale della propria storia corrisponde l'impossibilità di dar forma alla propria

<sup>98</sup> Arthur Kermalvezen racconta così la propria esperienza: «Je savais que j'étais le résultat d'une programmation savamment orchestrée, d'une expérience scientifique qui s'est peu soucée des conséquences sur nous, les enfants»; KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, p. 53. Il quadro è arricchito da alcuni contributi, dei quali uno proposto dal *rapporteur public* presso il *Conseil d'État*: «[t]out se joue entre donneur et receveur. Les enfants, eux, sont les grands oubliés. Non seulement le secret s'impose à eux par la force des choses, mais le législateur n'a pas cru utile de simplement les situer dans cette problématique de l'anonymat»; si veda CREPEY É., RFDA 2013, p. 1051, conclusions sur CE, 13 juin 2013, M.M., n°362981 au recueil Lebon. Un altro contributo del *rapporteur public* presso la *cour administrative d'appel* di Versailles evidenzia come: «[l']enfant né d'un don de gamètes est ignoré par les textes»; cfr. DIOUX-MOEBIS L., audience du 18 juin 2013. Sulla stessa linea si colloca la testimonianza di un donatore, nel sottolineare come «si les parents ne disent rien à leur enfant, il ignorera sa vie entière tout de la modalité de sa conception. Un peu choquant quand même»; si veda DENEUBOURG J., *op. cit.*, 2018, p. 19.

persona, di conferirle una posizione rispetto a un determinato tempo e alle principali relazioni interpersonali. L'ignoranza dell'*origine* genetica, più ancora che biologica, comporta perciò lo smarrimento di riferimenti ritenuti necessari a iscriversi in un dato contesto sociale, sia esso la famiglia di provenienza o quella formata con un partner.

Gli *enfants IAD* ripercorrono in questo senso un sentiero già battuto nei decenni precedenti dagli individui adottati. Tuttavia, un *enfant IAD*, per adulto che sia, rimane un individuo al centro di un progetto genitoriale di coppia, pertanto strenuamente desiderato (specie se si tiene conto delle prove fisiche e psichiche poste da un percorso di PMA). In maniera del tutto differente, invece, la narrazione di un bambino adottato prende inizio da un evento traumatico, a prescindere dal fatto che si sia concretizzato in un abbandono o in un allontanamento coattivo da chi lo ha messo al mondo. Inoltre alla base della rivendicazione della conoscenza della propria *storia* vi è invero un autentico equivoco. Proprio perché un *enfant du don* non ha subito alcun abbandono e ha conosciuto invece sin dal primo vagito la cura e l'amore della coppia che lo ha cresciuto, serve osservare come la *storia* che rivendica non sia tanto la propria, quanto quella del donatore. La *narrazione* del proprio vissuto, infatti, non può che principiare dal momento della nascita, appartenendo invece gli eventi precedenti alla storia di altri, siano essi i *parents* o il donatore.

Ciò premesso, occorre indagare un aspetto metodologico cruciale non solo in riferimento ai temi *ivi* trattati, ma più in generale attinente alla cultura occidentale, che si suole indicare come figlia dei Lumi. A riprova di quest'affermazione è sufficiente richiamare alla mente la struttura che più di frequente caratterizza una trattazione, sia essa scientifica, accademica o divulgativa. L'impostazione a volte richiesta, altre volte semplicemente favorita vede il lettore affacciarsi in primo luogo su uno stato dell'arte, per poi indagare lo sviluppo *cronologico* della materia e giungere alle più *recenti* conclusioni. A fondamento di tale schema vi è la convinzione, tanto implicita quanto profondamente radicata, per cui nessuna disamina possa essere legittima e valida se non muove dalla propria *storia*. Anche nel presente lavoro il percorso intrapreso da chi scrive non si discosta da tale struttura, come i precedenti ragionamenti hanno avuto modo di dimostrare. Sostanzialmente, quindi, si è soliti applicare ai propri ragionamenti un pesante giogo, costituito dalla percezione di non poter trattare di un dato oggetto, di una specifica materia o di un determinato argomento senza averne prima gettato delle fondamenta *cronologiche*. Tali fondamenta non sono altro che un susseguirsi di vicende collocate in precisi frangenti che, secondo il diffuso modo di pensare, si rincorrono



senza soluzione di continuità o logica. Volendo proporre un esempio pertinente al presente lavoro, difficilmente il lettore si è sentito interdetto di fronte all'affermazione secondo cui l'espandersi dei CECOS, attribuibile a un costante *progresso* scientifico, abbia implicato *logicamente* la necessità di una legislazione che ne regolasse le attività. Al netto delle discutibili capacità analitiche ed espressive di chi scrive, il ragionamento secondo cui il *trascorrere* del tempo renda possibile il *progredire* delle competenze non desta particolari sconvolgimenti, anzi, risulta del tutto superfluo da esplicitare.

Perché ciò accade? Perché il pensiero illuministico ha operato profondamente nel plasmare la cultura occidentale odierna. In primo luogo ha permesso di svincolare l'uomo dalla subalternità a Dio, rendendo quest'ultimo «inutile poiché il Tempo è diventato il nostro “grande scultore”»<sup>99</sup>. In secondo luogo «il pensiero profano [ha] reinventa[to] l' “umano” facendo di lui non il “dominatore della natura”, come ci piace ripetere, ma il *dominatore del tempo* che implica un rapporto “razionale” col mondo a partire dal concetto di previsione (dominazione del tempo futuro) e di memoria (dominazione del tempo passato)»<sup>100</sup>. Siamo dunque del tutto immersi in una cultura della *memoria*, abituati a pensare che il mero susseguirsi nel tempo degli avvenimenti rechi in sé la legittimità del proprio pensiero. Perciò «[l]a “logica” è [...] lo strumento privilegiato del pensiero profano: lo strumento che scrive il prima-dopo come una non determinazione metafisica»: l'uomo è libero di agire, non più sottoposto a un determinismo metafisico riconducibile a Dio. Tutto ciò che è passato si può quindi leggere attraverso la lente del principio di causalità, intendendo il rapporto prima-dopo alla stregua di quello di causa-effetto. Un rapporto tanto ineludibile, quanto riconducibile esclusivamente all'umano. La filosofia dei Lumi, elaborando tale schema di pensiero, fondato sul dominio del tempo da parte dell'uomo, ha profondamente influenzato l'attuale concezione sia della storia, sia dell'*hard science*.

In quest'ottica si può quindi comprendere quale ruolo assuma il concetto di *origine*. Il pensiero illuminista ha consegnato l'uomo a un destino di libertà che nulla ha a che spartire con la percezione religiosa, di matrice giudaico-cristiana, di un tempo che traduce l'eternità dell'umano, o meglio, della sua anima. L'umano conosce nel Tempo la

<sup>99</sup> NERHOT P., *Lettura del “Discorso sull'origine e i fondamenti della disuguaglianza tra gli uomini” di Jean-Jacques Rousseau*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 276.

<sup>100</sup> *Ivi*, p. 27.

verità immanente alla propria condizione<sup>101</sup> e quindi «[i]l passato è la verità di una umanità che si conosce tramite la sua storia, cioè tramite il tempo che ne testimonia»<sup>102</sup>. La narrazione del proprio passato assurge per l'individuo a condizione di verità del proprio essere, come se la mancanza di un elemento rendesse la melodia del proprio racconto cacofonica e dissonante. Ciò in quanto, «la “logica” ci riporta a un ragionare nel quale entra una “storia”, come per esempio un’“origine” (o prima) *implica* un “arrivo” (o dopo)»<sup>103</sup>. L'*origine* è la condizione di partenza dal quale far corso a un ragionamento, specialmente se inerente all'*umano*. Un'origine in questo senso è il debutto di tutti i debutti che si verificheranno nel corso della vita, a cominciare dai primi traguardi infantili per giungere alla piena costruzione della propria persona in età adulta. Al contempo, se un'origine implica necessariamente un punto di arrivo, quest'ultimo non può essere pensato o detto in assenza di quell'origine stessa. Pertanto, riflettere di sé, senza la propria *origine*, rende incespicanti e sicuri, come se mancasse un equilibrio irrinunciabile. Così, il concetto stesso di *identità*, può essere inteso come succedersi dei segni che il Tempo incide sugli individui come materia grezza, sin dal momento della nascita. Tuttavia, come si è già avuto modo di intuire, non è certo che l'*origine* collimi, nella narrativa individuale, con la nascita e, per questo, occorre porre in collegamento quanto sino a qui sostenuto con il dono di gameti.

### 5.3. La simulazione quale paradigma sociale del dono di gameti in Francia

Come si è avuto modo di notare, uno dei tratti distintivi della PMA con dono di gameti concerne la complessità del rapporto tra genitori e futuri nati. Sembra necessaria in questo frangente una premessa di ordine lessicale: nella lingua italiana il *genitore* è «colui che genera o ha generato» e, ferma restando la formula femminile del medesimo termine, nessun dubbio sorge rispetto all'etimologia, chiaramente legata al verbo latino *gignere* (generare). La lingua italiana non offre altri supporti a chi si appropinqui al tanto ricco, quanto labirintico, mondo delle relazioni familiari. Anzi, a partire dal 2008 il dizionario Treccani attesta la comparsa di un neologismo utile a diradare le nebbie dei rapporti più o meno legati alla biologia e alla genetica: il c.d. genitore

<sup>101</sup> *Ivi*, p. 35.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> *Ivi*, p. 39.

sociale. Quest'ultimo è colui, o colei, che «si assume il compito di curare la crescita e l'educazione di un figlio che non ha generato»<sup>104</sup>. La distinzione lessicale e concettuale pertanto è netta: esiste un genitore *tout-court*, identificabile perché autore primo della *generazione* di un individuo, e un genitore *sociale*, privo di legami di natura biologica con la persona, il bambino, di cui si prende cura. Nella lingua francese, al contrario, gli strumenti lessicali disponibili sono due: il *parent* e il *géniteur*. Il primo è un termine di derivazione latina, specificatamente dal verbo *parere* nel suo significato di “partorire” o “generare”, dal quale è sorto e si affermato in sostantivo *parens*. Quest'ultimo indicava a un primo livello i genitori, ma, più genericamente, tutti i soggetti legati tra loro da un legame di parentela per via ascendente diretta, come il dizionario *Petit Robert* attesta oggi giorno per quanto riguarda il *parent*<sup>105</sup>. Il *parent*, tuttavia, include ormai anche i soggetti legati da una parentela per via materna o paterna, in linea diretta o collaterale. Il secondo termine correlato è il *géniteur*, la cui etimologia è evidentemente la medesima di *genitore*, ma il cui significato assume sfumature più peculiari. Il dizionario *Larousse*

<sup>104</sup> L'ampiezza del tema impedisce nel presente lavoro la trattazione integrale delle problematiche che il profilo *sociale* della genitorialità sollecita, specialmente rispetto alla genitorialità omosessuale. A titolo di esempio si può dare rapido conto di alcune voci levatesi nei primi anni 2000 rispetto al concetto di genitore *sociale*, a partire da quella di Francesco D'Agostino: «[o]gni persona, con nessuna altra motivazione se non quella di poter conoscere la verità che concerne la sua nascita, ha il diritto di riconoscere un eventuale genitore sociale, ma non naturale, e il diritto di ottenere il riconoscimento giudiziale della sua autentica genitorialità naturale»; D'AGOSTINO F., in *Corriere della sera, Politica*, 9 giugno 2005, p. 8. Ancora: «[b]asta scorrere le sentenze e i ricorsi, inutilizzabile il vecchio vocabolario, padre e madre, si lavora di metafore e di neologismi: “la compagna della madre” oppure “i genitori sociali”». [In Francia] la legge si può facilmente aggirare, basta nascondere la propria omosessualità e presentarsi nella domanda di adozione come celibi. Sono gli stessi servizi sociali a suggerire il trucco: “Non ci sono, in fondo, questionari dove è richiesto di spiegare le proprie pratiche sessuali”», come sosteneva QUIRICO D., in *La Stampa, Estero*, 17 febbraio 2007, p. 21. Nondimeno: «[s]ono quasi un milione le famiglie “ricostituite” con partner separati o divorziati. Ma il cosiddetto “genitore sociale”, che si occupa di un bambino quasi quanto il padre biologico, per le istituzioni è praticamente “invisibile” e non si sa bene che ruolo abbia», come ricorda SERSALE A.M., in *Il Messaggero, Cronache*, 30 aprile 2008, p. 13.

<sup>105</sup> A onor del vero, appare corretto segnalare come il termine *parens* si fosse affermato in epoca antica anche in Italia, come alcuni versi del Petrarca testimoniano: «[n]on è questa la patria in ch'io mi fido, Madre benigna e pia, che copre l'un e l'altro mio parente?», PETRARCA F., *Canzoniere (Rerum vulgarium fragmenta)*, CXXVIII, vv. 84-86. Il termine, nell'accezione ristretta al significato di “genitore” è oggi giorno in totale disuso.

chiarisce infatti come il lemma sia di uso letterario o ironico e non appartenente al lessico corrente, a prescindere dal registro, salvo che si faccia riferimento a «le père ou la mère physiologique (par opposition au père ou à la mère légale)». Il *Petit Robert* definisce il *géniteur* non solo come persona, ma addirittura come «animal ou tout autre objet qui engendre un descendant».

La riflessione etimologica potrebbe apparire come un *excursus* di vezzo, privo di effettiva utilità, mentre così non è. La letteratura giuridica francese, così come quella antropologica e sociologica, ha ripreso negli ultimi anni il termine di *géniteur* al fine di contrapporlo al *parent*, come si è visto, sul piano della ormai vetusta relazione tra natura e cultura. Il recupero di un lemma che richiama il solo aspetto biologico e genetico ha consentito di operare in maniera a tratti più lucida sulle tematiche oggetto del presente lavoro. Così, trattando di PMA con dono di gameti, il *géniteur* è stato assimilato al *donneur* (e la *génitrice* alla *donneuse*), mentre il *parent* a colui, o colei, che dispone il progetto familiare, nonché che educa, cura e cresce i figli. Tale procedimento ammette delle eccezioni, considerato come le formule “*père social*” e “*mère sociale*” siano comunque riscontrabili. Ciononostante, la mera esistenza di due termini in grado di distinguere da un lato il piano della natura, del biologico, di ciò che risponde a un principio fisiologico e dall’altro quello della cultura, del rapporto sociale, nonché del costruito giuridico, consente indubbiamente una maggiore chiarezza concettuale sul piano delle argomentazioni, difficilmente riproducibile nel lessico italiano.

Dove risiede quindi l’interesse verso la distinzione tra *géniteur* e *parent*? Precisamente nell’intenzione del creatore del modello bioetico francese, Georges David, di far coincidere fittiziamente le due figure al fine di «arriver à faire bouger l’Église»<sup>106</sup>, attraverso uno schema di “*don de couple à couple*” che facesse venir meno la condanna morale rispetto al dono di gameti, inteso come violazione alla legge naturale<sup>107</sup>. Si può

<sup>106</sup> BATEMAN-NOVAES S., *op. cit.*, p. 82.

<sup>107</sup> Lo scopo non venne comunque raggiunto, come dimostra l’emanazione delle Istruzioni della CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Donum vitae. Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 22 febbraio 1987. In esse la condanna morale è totale per ciò che concerne l’*artificio* rispetto alla riproduzione umana, dovendo essa permanere ad appannaggio del rapporto tra Dio e l’uomo nella fisicità dell’atto sessuale di una coppia unita nel sacro vincolo matrimoniale. Il tentativo di far coincidere concettualmente il *géniteur* e il *parent* è stato operato anche all’origine della IAD negli Stati Uniti, come ricorda BRAVERMAN A.M., *Evaluating, educating or gatekeeping: what role for the counsellor*, in *Egg donation: medical, psychological and ethical considerations*, ESHRE Campus course, Barcelona, 26-27 January 2018.

perciò affermare come il tratto distintivo della legislazione francese in materia di PMA con dono non sia tanto il vincolo all'anonimato in sé, quanto piuttosto il senso che a questa condizione è stato conferito<sup>108</sup>. In altri termini, l'etica medica ha fatto propria una morale sessuale, in ultima istanza procreativa, che ha reso l'anonimato «pas l'indice d'une simple ignorance - comme dans le cas des enfants trouvés dont les géniteurs restent à jamais anonymes parce qu'inconnus -, mais l'effet d'une pratique délibérée et même instituée: l'anonymisation»<sup>109</sup>.

Tale procedimento di *anonymisation* è intervenuto nei confronti non solo dei pazienti, quindi di donatori e riceventi, ma anche in quelli dei nati dal dono di gameti. Con l'impiego del modello "*ni vu ni connu*"<sup>110</sup>, che il Legislatore francese ha integralmente mutuato dall'esperienza dei laboratori dei CECOS, è stato dunque possibile dare forma alla simulazione cui si è accennato in precedenza. Ripercorriamo quindi brevemente quali sono i tasselli che compongono il mosaico in oggetto. *In primis*, i gameti maschili sono stati valutati alla stregua del sangue, come una scultura sbazzata dalla proprie parti più acuminate, così il seme maschile è stato *concettualmente* privato delle proprie specificità funzionali, nonché della propria genesi sessuale divenendo *asettico*<sup>111</sup>. *In secundis*, ad apparente tutela della *privacy* dei pazienti, è stato posto il vincolo dell'anonimato, utile soprattutto a integrare il "*don de couple à couple*", permettendo di estromettere dalla scena riproduttiva l'esistenza stessa del donatore. *In tertiis*, attraverso il sistema dell'*appariement* dei tratti fenotipici, si è fornita debita garanzia al *parent* infertile del fatto che, *ictu oculi*, nessuna perplessità circa la discendenza genetica potesse sorgere nel nascituro, così come nell'osservatore esterno. *In ultimis*, il Legislatore francese del 1994 si è premurato di impedire il venir in essere di un legame di filiazione tra donatore e nascituro, nonché di precludere qualsivoglia azione di responsabilità avverso al donatore (art. 311-19 CC)<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 2010, p. 87.

<sup>109</sup> THÉRY I., *op. cit.*, p. 108.

<sup>110</sup> Si tratta di un'espressione francese di uso comune, impiegata come locuzione specificatamente rivolta al dono di gameti da parte di Irène Théry. In particolare si rintraccia al centro delle riflessioni contenute in *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*.

<sup>111</sup> Arthur Kermalvezen evidenzia come il linguaggio impiegato nei CECOS, e conseguentemente utilizzato anche dai pazienti, abbia contribuito pienamente al raggiungimento di tale scopo: «[d]étail de langage significatif: mes parents ont toujours parlé de "paillettes". Cela fait "clean"». KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, p. 55.

<sup>112</sup> La norma è stata introdotta dall'art. 10 della *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*.

Chiaramente un simile disegno, di pratica clinica prima e normativo poi, abbia costituito terreno fertile per l'idea che la PMA con dono dovesse integrare un'emulazione della famiglia *tradizionale*. La nozione di “*pseudo-filiation charnelle*”, offerta da Irène Théry, racchiude l'integralità del percorso di una coppia infertile, attraverso il ricorso al dono e alla sua contemporanea dissimulazione. La famiglia è perciò «présentée comme issue d'une procréation du couple qui pourtant n'a pas eu lieu, et instituée en droit à travers une pseudo-filiation charnelle du conjoint stérile», grazie al dettato dell'art. 311-19 CC<sup>113</sup>. Così il dono svanisce e la nuova famiglia appare *fisiologicamente* creata, salvo, evidentemente, che l'elemento fisico impeditivo della procreazione non è stato in alcun modo rimosso, bensì meramente relegato nell'oblio. Diviene così comprensibile come ciò che viene proposto, e promosso, come *cura* di *organismi*, non sia in realtà altro che un intervento medico, certamente, ma con un'eminente funzione *sociale* e non terapeutica in senso classico. Anzi, la componente patologica scompare anch'essa assieme a chi ha contribuito a ovviarvi, comportando una pericolosa assimilazione tra *géniteur* e *parent*<sup>114</sup>. Tale assimilazione contribuisce ad accrescere la confusione tra le parti in gioco, perseverando inoltre nell'associazione di un giudizio morale positivo a ciò che risponde a criteri di natura, o sedicente natura, e uno negativo a ciò che, al contrario, deriva dalla cultura, intesa come tecnica medica, come artificio. Infatti, nonostante l'esigenza di un'accettazione della pratica da parte della Chiesa cattolica sia venuta meno e alcune critiche vengano mosse già da tempo, il perdurare del modello bioetico francese provoca un continuo mescolarsi di argomentazioni poco lucide sul rapporto tra natura e artificio.

#### 5.4. *L'origine genetica degli enfants du don*

Le problematiche ingenerate dal modello di “*pseudo-filiation charnelle*” afferiscono innanzitutto al rapporto tra natura e cultura. Sul piano lessicale, un possibile approccio consiste nel recupero del termine *géniteur*, al fine di distinguere un piano genetico da uno

<sup>113</sup> *Ivi*, p. 100.

<sup>114</sup> Ancora Arthur Kermalvezen ci offre uno spunto di riflessione, presentando la propria testimonianza sul punto: «l'obligation d'anonymat entretient des relations avec le secret des circonstances de la conception et privilégie la construction d'un modèle familial fictif dans lequel la stérilité n'aurait pas existé»; KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, p. 122.

sociale. Ciononostante, la letteratura francese fornisce cospicui esempi di contrapposizione tra il *parent biologique* e il *parent social*. Quali sono le implicazioni di tale scelta lessicale? Ebbene, l'optare per il termine *parent*, per qualificarlo in un secondo momento, conduce il lettore su un piano concettuale totalmente inclinato. Infatti con tale uso si conferisce immediatamente un ruolo primario al donatore o alla donatrice, attribuendogli uno spazio concettuale ben più ampio di quello fattuale. Aderire all'argomentazione secondo la quale nella PMA con dono esista un *parent biologique*, che si contrappone ineluttabilmente al *parent social*, implica necessariamente un pensiero di stampo binario, nel quale opera come criterio identificativo quello di esclusione. Il modello "*ni vu ni connu*" ha funzionato per alcuni decenni in virtù di tale principio di esclusione: in una coppia eterosessuale che ricorra alla PMA con dono, vi è modo di integrare un solo *parent* per ciascun sesso, a costo di mettere in pericolo la solidità del nucleo familiare. Pretermettere dalla scena riproduttiva la presenza di un donatore, simulando la sua inesistenza e quella della patologia del ricevente, risponde precipuamente al timore che donatore e futuro padre, così come donatrice e futura madre, possano entrare in competizione nella relazione con il nascituro. Se da un lato ormai risultano esigue le voci a levarsi a sostegno dell'idea che gli *enfants du don* rivendichino la conoscenza di un altro *parent*, perciò di un altro padre o di un'altra madre rispetto ai soggetti che li hanno cresciuti, dall'altro è potente, quanto meno in Francia, l'eco delle richieste di identificazione dei donatori e delle donatrici. Oggetto ultimo di tali pretese è la conoscenza della propria origine genetica, per un duplice ordine di ragioni: la prima riconducibile alla costruzione della propria *identità*, mentre la seconda riconducibile alla tutela della propria salute.

Il primo tema richiede di riferirsi alla critica metodologica adottata in precedenza, sollecitando quindi la funzione del concetto di *origine* rispetto alla costruzione del sé. L'impossibilità di poter identificare la propria origine comporta un senso di frustrazione negli *enfants du don*, che si percepiscono alienati rispetto a un universale metro di paragone e relazione. La psicanalista Geneviève Delaisi de Parseval, membro di numerosi comitati etici ed esperta in rapporti della famiglia *contemporanea*, sostiene in tal senso come «la plupart des fils [veut] rendre son père grand-père, lui donner un petit-enfant inscrit dans la lignée familiale, dans ce fameux arbre généalogique dont tout un chacun a ne représentation plus ou moins imaginaire»<sup>115</sup>. L'iscri-

<sup>115</sup> DELAISI DE PARSEVAL G., *Famille à tout prix*, Éd. du Seuil, Paris, 2008, p. 97.

zione in una linea genealogica assume invece per Arthur Kermalvezen le sembianze di severe problematiche rispetto alla costruzione del sé sul piano corporale. Tali problematiche, in base alla sua esperienza, sarebbero differenti sulla base di un principio di genere: «[l]a problématique n'est vraisemblablement pas la même pour les filles issues d'une IAD que pour les garçons. Un garçon qui ne connaît pas son donneur ne sait pas trop à l'adolescence comment se construire sur le plan corporel et sexuel tandis qu'une fille issue d'une IAD, elle, a sa mère génétique comme modèle ou anti-modèle»<sup>116</sup>. L'autore stesso ammette che nessuno studio sia stato compiuto in materia e, a distanza di diversi anni dalla pubblicazione della sua testimonianza, si può affermare che la situazione sia rimasta immutata. Il punto, tuttavia, riveste uno speciale interesse. L'*enfant IAD* rivendica a sé il diritto a potersi *riconoscere* in una figura del medesimo sesso, affinché la comprensione e lo sviluppo della propria corporalità, nell'età adolescenziale, segua un percorso fisiologico. Un altro *enfant IAD* insiste sul bisogno di poter rinascere allo *specchio* qualcosa del proprio donatore, incontrando invece abitualmente i "*fantasmes*" e le supposizioni su chi sia quest'individuo<sup>117</sup>. Al contrario, la giovane donna, nata a seguito di un dono di spermatozoi, si troverebbe in questo senso meno vulnerabile, potendo confrontarsi con la madre *genetica*. Assumendo che per l'ex militante dell'associazione PMAAnonyme lo stesso valga nel caso di dono di ovociti, tale argomentazione non può lasciare impassibile il lettore. Per Kermalvezen è inoltre prioritario specificare come nella ricerca del proprio *géniteur* egli non inserisca anche quella di una vita familiare, di legami affettivi<sup>118</sup>. Ebbene, una critica sul piano della coerenza di pensiero appare quantomeno opportuna, stante l'impressione che la commistione tra natura e cultura mieta una vittima anche in Kermalvezen.

Procediamo per gradi: l'autore rivendica la possibilità di ricondurre determinati elementi fisici, *naturali*, a un individuo identificabile. Tuttavia, nell'espone la propria necessità, contestualizza la costruzione della propria corporalità esclusivamente all'età dell'adolescenza. Nessun dubbio circa l'assunto per cui in tale periodo, in virtù di cambiamenti ormonali e dello sviluppo sessuale, l'identità corporale assuma un ruolo cruciale nella definizione del sé. Ciononostante, il processo di imitazione dell'adulto ha inizio nel bambino sin dai primi anni di vita e continua gradualmente sino all'adolescenza.

<sup>116</sup> KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, p. 43.

<sup>117</sup> Vincent Brès, attuale presidente della PMAAnonyme, nell'introduzione a DENEUBOURG J., *op. cit.*, 2018, p. 7.

<sup>118</sup> *Ivi*, p. 44.



Nondimeno, il riferimento alla madre *genetica* quale modello e “*anti-modèle*” suona nitidamente come richiamo a un contrasto psicologico, più che fisico. Da parte di chi scrive appare significativo notare come anche Kermalvezen ceda all’associazione di un giudizio di valore positivo a ciò che è *natura*, pur sostenendo il contrario. Da un lato, infatti, non ricerca un nuovo *parent* da sostituire al padre che l’ha cresciuto, dall’altro, invece, traspare un senso di inadeguatezza, un’incompiutezza che egli stesso riconduce a un periodo specifico, quello adolescenziale, in cui il padre è stato presente nella sua vita. Inoltre, il problema non è circoscritto al solo dato materiale, fisico, corporale, ma soprattutto a quello esistenziale e psicologico. L’*incipit* dell’operatimonianza è drammaticamente lapidario: «[j]e voudrais tout raconter depuis le début. Mais le début de quoi? Mon histoire est pour ainsi dire sans début puisque je n’ai pas accès à mes origines génétiques»<sup>119</sup>. L’ignoranza dell’origine *genetica* getta apparentemente nel nulla un intero vissuto. La vita, come susseguirsi di momenti indissolubilmente legati da un principio di causalità, sembra non poter assumere un senso senza la conoscenza della prima tra tutte le cause, identificata nel dono di seme. Significativamente, pur accedendo a un metodo di ragionamento basato sul valore della storia, della causalità e della concatenazione degli eventi, l’evento fondativo della famiglia in sé non è in alcun modo tenuto in considerazione. Il progetto familiare della coppia, senza il quale nessun dono di gameti sarebbe avvenuto, fa saltuariamente capolino tra le righe, offerto al lettore come sintomo di estrema comprensione dei propri *parents*, benché in modo del tutto formale. Su questo tema la fondatrice dell’associazione PMAnonyme è irremovibile nel domandare: «[q]uelle société peut interdire, à un individu qui le désire, de connaître son histoire?»<sup>120</sup>. Il vissuto personale è una storia che si articola nell’inanellarsi di cause ed effetti ineluttabili nella loro relazione, pur sempre comprensibili e spiegabili solamente *ex post*. Analogamente Audrey Kermalvezen mette in luce come l’assenza di un punto di inizio determinato del proprio vissuto ponga problemi sia nei termini di una indefinitezza personale, sia in quelli della percezione di portare in sé «une part d’inconnu»<sup>121</sup>. In altri termini si trova a convivere con un ché di ignoto, con una parte di sé dai contorni sfumati perché impossibili da confrontare a quelli di un *altro*, presente in lei come porzione di DNA.

<sup>119</sup> *Ivi*, p. 13.

<sup>120</sup> TIBERGHEN P., *Enfants nés d’un don de gamètes: leur dire ou pas?*, Colloque organisé par l’association Maïa, 29 avril 2006.

<sup>121</sup> KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d’État*, p. 25.

L'assenza di cui Audrey Kermalvezen testimonia coincide quindi con l'impossibilità di sapersi riconoscere rispetto a un *altro* in cui rinvenire una qualche comunione di tratti.

Questi racconti tradiscono inevitabilmente un *bias* scientifico, in qualità di testimonianze. Non tanto per la trascrizione delle stesse in prima persona, quanto per l'asseverazione priva di contro-prova del fatto che i sentimenti di incompletezza, indefinitezza e straniamento rispetto ad alcuni tratti fenotipici fossero avvertiti anche *prima* della rivelazione del proprio modo di concepimento. I coniugi Kermalvezen espongono in più passaggi come il malessere sofferto, seppur in forme varie e distinte, fosse da sempre presente, come esso aleggiasse in loro, più che *intorno* a loro, sin dalla più tenera età. La questione non è di scarsa rilevanza per un duplice ordine di ragioni. La prima è che, volendo ammettere che realmente sia così, allora il problema effettivo della PMA con dono non sarebbe tanto il dono in sé, quanto le circostanze della ritardata, inavvertita o voluta rivelazione del metodo di concepimento. Su questo punto si avrà modo di tornare a breve. La seconda, invece, riguarda l'ipotesi che, in buona fede, alcune delle testimonianze possano essere state alterate da un processo cognitivo di elaborazione dei ricordi *ex post*. In altri termini, è ricorrente osservare come gli eventi possano, alla luce di rivelazioni particolarmente significative a livello esistenziale, assumere un significato specifico e, al contempo, essere ricordati come più frequenti, più intensi o più gravi. Tale ipotesi non intende minare nelle fondamenta l'intero assetto di rivendicazioni degli *enfants du don*, bensì richiamare l'attenzione sulla necessità di vagliare meticolosamente i pretesi ricordi, specialmente riguardo ad avvenimenti dal portato psicologico massiccio. *Ex post*, pertanto, il passato brilla nella sua trasparenza, figlio primigenio di un'esigenza innata di attribuire a ciascun evento una posizione precisa in una concatenazione logico-cronologica. Specialmente se l'oggetto della storia che si desidera raccontare è costituito dalla propria *identità*. Si ritornerà su questo punto.

Non è intenzione di chi scrive concentrarsi in questa sede sulla vastissima produzione filosofica relativa al concetto di identità, ma, al contrario, provare a comprendere quale tipo di identità sia quella rivendicata dagli *enfants du don*. Si tratta, in ultima istanza, di quell'insieme di elementi che muovono dal sostrato genetico, ossia dalla componente più basilare dell'organismo umano, vale a dire del suo DNA, la cui rilevanza è ormai cruciale: «notre société est devenue celle du tout-génétique, comme le montre la multiplication des tests ADN»<sup>122</sup>.

<sup>122</sup> Come afferma Georges David in KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, p. 57.

Infatti, le tutele apprestate alla c.d. identità genetica vanno affinandosi nei diversi ordinamenti, pur non conoscendo a oggi alcuna organicità e concentrandosi invece sull'aspetto specifico del *genetic testing*<sup>123</sup>. Alla base di qualsiasi riflessione sul tema sussiste un interrogativo inevitabile: è davvero in grado un acido, la cui specificità risiede nel potere di auto-replicarsi, nell'essere il principale costituente dei cromosomi, nonché vettore delle informazioni genetiche, di definire chi sia un individuo? Indubbiamente sì, qualora un soggetto debba essere descritto sul piano di lavoro di un laboratorio. Da qui, l'uso invalso nel lessico colloquiale della nozione di DNA quale tratto distintivo o qualità peculiare di un determinato individuo od oggetto, specialmente qualora ne si voglia porre in luce la non-fungibilità. Tuttavia ciò non basta a dire *chi* sia una persona. Nella remota quanto inverosimile ipotesi che a un genitore vengano poste innanzi le *paillettes* contenenti frammenti di DNA dei propri figli, insieme a quelle contenenti invece campioni di estranei, come potrebbe mai il genitore riconoscere la propria prole? Il medesimo ragionamento varrebbe, ovviamente, anche rispetto ad altre relazioni. Quel che rileva, da parte di chi scrive, è porre in dubbio l'argomentazione secondo cui l'identità genetica possa trovare spazio al di fuori dei laboratori, quale chiave di lettura di un essere umano. Indubbiamente allo scopo di reperire una terapia genica tale identità può svolgere un ruolo sufficiente. Tuttavia, qualora a entrare in gioco siano fattori relazionali, in grado di mettere in discussione rapporti di cura, affetto e parentela, difficilmente appare accettabile intendere il DNA come fattore discriminante in grado, da solo, di indicare un preciso confine tra chi è parte di un nucleo familiare e chi non lo è. In altri termini, impiegare test genetici come strumento per scoprire relazioni genetiche non desta in sé particolari problematiche, nella misura in cui simili test vengano operati nel rispetto dei soggetti coinvolti, secondo i principi del consenso e della tutela della dignità umana. Diversamente, massicce perplessità sorgono in relazione al pensiero per cui l'esito di tali test consista nella pericolosa, quanto scontata, convinzione di aver definito *chi* sia l'individuo che vi si è sottoposto. Così fosse, l'essere umano cadrebbe vittima di un determinismo ineluttabile, costretto a ripetere infinitamente quanto già scritto nel proprio sangue, nei propri cromosomi, figlio di un automatismo tanto crudele, quanto innocente, scevro da ogni volontà.

<sup>123</sup> In Italia, tra i primi a costruire il concetto di identità genetica, in particolare rispetto all'art. 32 Cost. è stato COMPORTI M., *Ingegneria genetica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici*, in *Justitia*, III, 1985, pp. 321 ss.

### 5.5. Approfondimento sul ruolo della genetica e dell'epigenetica rispetto all'origine degli enfants du don

Muoviamo quindi un passo indietro fino agli albori del XIX secolo, quando l'ideologia di un determinismo biologico si era diffusa a partire da tre assunti: «that we differ in fundamental abilities because of innate differences, that those innate differences are biologically inherited, and that human nature guarantees the formation of a hierarchical society»<sup>124</sup>. Nel corso dei decenni questa teoria è stata confutata dalle scoperte scientifiche che hanno dimostrato come i geni siano in continua trasformazione con complessi movimenti di *mutazione*. Inoltre è stato dimostrato il ruolo cruciale dell'ambiente circostante nello sviluppo dei caratteri non solo fisici, ma soprattutto psichici. Invero «[a] change in environment, in this case of cultural environment, can change abilities by many orders of magnitude. [...] Differences that can be ascribed to genetic differences and that appear in one environment may disappear completely in another»<sup>125</sup>.

Tuttavia, ancora nei primi anni '80 del secolo scorso ha avuto modo di affermarsi una *sociobiological theory* della natura umana, fondata sull'idea che tutte e ciascuna delle caratteristiche di un essere umano siano codificate nel DNA e che la selezione naturale operi come criterio informatore della società<sup>126</sup>. La teoria ha però riscosso un successo assolutamente limitato e nel 1988 l'istituzione della *Human Genome Organisation* (HUGO) ha segnato il punto di svolta, ponendosi come obiettivo la mappatura del genoma umano a scopo di ricerca per la salute, ma non certo per tentare di trarre inferenze circa il profilo sociale, culturale o relazionale degli individui<sup>127</sup>. Con ciò si intende porre in evidenza come la dimensione

<sup>124</sup> LEWONTIN R.C., *Biology as Ideology. The doctrine of DNA*, HarperCollins Publishers, New York, 1991, p. 23. L'autore pone in luce come il determinismo biologico non fosse una teoria condivisa da una ristretta cerchia di studiosi, ma, al contrario, si fosse rapidamente diffusa nella cultura comune, entrando a buon titolo anche nella narrativa. Per esempio, Charles Dickens descrive Artful Dodger come un soggetto dall'aspetto poco piacevole e con una padronanza della lingua inglese assolutamente modesta. Al contrario, Oliver Twist è descritto come un giovane di bell'aspetto e dalla parlata fluente e corretta. Eppure, entrambi sono cresciuti in contesti sociali difficili e con pochi mezzi di sussistenza. Che cosa li distingue dunque? Artful Dodger è figlio di persone assai umili, mentre Oliver è caratterizzato dal fatto che il suo «blood was upper-middle class».

<sup>125</sup> *Ivi*, p. 29.

<sup>126</sup> *Ivi*, pp. 89-90.

<sup>127</sup> Gli scopi della HUGO sono enunciati come segue: «The Human Genome Organisation (HUGO) International seeks to bring the benefits of Genomic Sciences

genetica conosca sì una rilevanza primaria nella lettura dell'*organismo* umano, ma assai meno in quella della *persona*. In altre parole, «[t]he most important fact about human genes is that they help to make us as big as we are and to have a central nervous system with as many connections as it has. However, there are not enough genes to determine the detailed shape and structure of that nervous system nor of the consciousness that is an aspect of that structure. Yet it is consciousness that creates our environment, its history and the direction of its future. This then provides us with a correct understanding of the relation between our genes and the shape of our lives»<sup>128</sup>.

Intendendo fornire un ulteriore argomento critico nei confronti dell'esistenza di un'identità *genetica* come relazione a un individuo estraneo al progetto familiare, e dunque alla necessità di rimuovere l'anonimato che lo nasconde, basti pensare ai gemelli monozigoti, nati in seguito alla divisione di un embrione e portatori del medesimo corredo genetico. Persino questi due soggetti, geneticamente *identici*, rimangono tali per un breve lasso di tempo: non solo la loro personalità si formerà a seconda dell'ambiente nel quale cresceranno, ma addirittura delle mutazioni casuali si potranno produrre e manifestarsi in varie forme. Si tratta di casi nei quali a DNA immutato, intervengono metamorfosi sul piano molecolare che ne influenzano la funzione, palesandosi anche come semplici nei. In ogni caso, due soggetti identici sul piano molecolare non esistono<sup>129</sup>.

La ricerca scientifica ha inoltre permesso di scoprire l'esistenza di piccoli gruppi chimici in grado di inibire la trascrizione di alcuni tratti di DNA. Si tratta di modifiche, dette inattivazioni *epigenetiche*, reversibili e volte a sospendere per un periodo di tempo la funzione di trascrizione e traduzione del gruppo di geni ai quali si legano. Perché avviene un simile fenomeno? Per consentire a «un organismo di

to Humanity by: 1. Promoting fundamental genomic research within nations and throughout the world; 2. Fostering scientific exchange in genomics with a particular emphasis on scientifically developing and emerging countries; 3. Supporting discourse in the ethics of genetics and genomics with a global perspective». Si veda HUGO, *Mission Statements*, 2018, hugo-international.org, consultato il 15 giugno 2018.

<sup>128</sup> LEWONTIN R.C., *op. cit.*, p. 123. La succitata HUGO, parte integrante dello *Human Genome Project* (HGP), ha contribuito quindi a rendere possibile la lettura delle sequenze di DNA, mentre la loro *interpretazione* rimane ancora ardua: «il DNA è infatti un Testo senza Sommario. È organizzato in unità funzionali (i genomi) che hanno senso compiuto soltanto nella loro interezza, esattamente come i testi letterari»; si veda DI MAURO E., *Epigenetica, il DNA che impara. Istruzioni per l'uso del patrimonio genetico*, Asterios Editore, Trieste, 2017, p. 21.

<sup>129</sup> BARBUJANI G., VOZZA L., *Il gene riluttante. Diamo troppe responsabilità al DNA?*, Zanichelli, Bologna, 2016, pp. 42-43.

reagire velocemente e di adattarsi in maniera reversibile ai continui cambiamenti prodotti dal caso e a quelli sollecitati dall'ambiente»<sup>130</sup>. La riprogrammazione epigenetica coinvolge nei mammiferi circa il 99% dei geni e, attraverso tale meccanismo, ciascuna cellula porta con sé la memoria di alcune esperienze del passato<sup>131</sup>. Perciò «[i]l DNA è *Imago Mundi*, ha una sua dimensione storica ben precisa, rispecchia in sé quanto gli è successo nelle generazioni precedenti e lo rivive, lo riflette al di fuori di se stesso, trasmette il suo passato, il suo vissuto. Solo in parte un passato individuale, certamente non un passato astratto»<sup>132</sup>. In questo senso parrebbe che la *memoria* delle cellule si spinga fino al venire trasmessa ai discendenti e che, pertanto, negli esseri umani una *traccia* delle esperienze *molecolari* dei genitori genetici si possa rinvenire nei figli. Tuttavia, oltre alla constatazione di come dei composti molecolari possano dire poco delle *persone* in quanto tali, occorre segnalare anche come l'intrinseca instabilità della riprogrammazione epigenetica ne renda inaccettabili le derivanti prove in sede giudiziaria<sup>133</sup>. Pertanto, se è verificato come ogni essere umano porti in sé *tracce* di esperienze materiali vissute dalle molecole dei propri ascendenti *genetici*, d'altro canto poco ci rivela rispetto al valore della relazione che con essi si possa o si rivendichi di poter intrattenere. In aggiunta a ciò e nuovamente in merito all'epigenetica, appare proficuo sottolineare come il ruolo di tale riprogrammazione possa essere descritto come via di fuga dal determinismo genetico. Invero, «[v]iviamo in una gabbia di DNA, l'Epigenetica è il modo per uscirne e per rientrarvi, se ne abbiamo bisogno o voglia, se esplode il Krakatoa o il tempo muta. Epigenetica è allora mezzo di fuga, possibilità aggiunte, forma di libero arbitrio di cui rimane traccia quando viene esercitato, principio di responsabilità, lì quasi ad istruirci, come se il pacchetto di informazioni genetiche che riceviamo alla nascita portasse con sé le istruzioni per un uso più ampio e libero»<sup>134</sup>.

Se la ricerca nel campo dell'epigenetica è appena cominciata, una certezza si può reputare ormai acquisita. Innanzitutto, l'attenzione in ambito di genetica si è concentrata per anni attorno al ruolo e alla funzione di singoli geni, contribuendo alla convinzione secondo ciascuno di essi, preso nella sua individualità, fosse in grado di produrre effetti cospicui. Simile idea ha potuto trovare spazio grazie all'attitudine umana di pensare che a cause uniche corrispondano effetti unici, secondo uno

<sup>130</sup> *Ivi*, p. 63.

<sup>131</sup> *Ivi*, p. 64.

<sup>132</sup> DI MAURO E., *op.cit.*, p. 48.

<sup>133</sup> BARBUJANI G., VOZZA L., *op.cit.*, p. 68.

<sup>134</sup> DI MAURO E., *op.cit.*, p. 67.

schema di disarmante linearità. Ciononostante, «è raro che un gene operi da solo o che il suo effetto si faccia sentire se non in un coro: la maggioranza degli effetti genetici sono dovuti alla somma di centinaia di geni, ciascuno dei quali, preso da solo, è trascurabile»<sup>135</sup>. Appare dunque quanto mai arduo ritenere che un *enfant IAD* possa individuare esclusivamente al corredo genetico, e precipuamente al corredo del donatore o della donatrice, la chiave di lettura per la propria esistenza, specie nell'ignoranza di come i geni del donatore e quelli del genitore *genetico* si siano uniti e ricombinati nel produrre un dato effetto.

L'origine genetica assume rilievo anche rispetto alla salute individuale, in relazione alla quale la rivendicazione degli *enfants du don* appare senza dubbio più condivisibile. In questo senso sarebbe sufficiente permettere l'accesso alle informazioni non identificative di natura clinica, tenuto conto del fatto che la conoscenza delle origini genetiche risulti sì importante per la tutela della salute<sup>136</sup>, ma non essenziale. Innanzitutto, donatori e donatrici sono sottoposto a uno *screening* preventivo, specialmente in seguito allo scandalo del sangue infetto verificatosi negli anni '90 a causa dell'epidemia di AIDS<sup>137</sup>. Le analisi concernono le patologie trasmissibili non solo per via sessuale, ma anche per via genetica. Infatti i potenziali donatori portatori di patologie ereditarie o di mutazioni genetiche già note e riconducibili a patologie sono esclusi sin dal principio<sup>138</sup>. Inoltre, l'assunto per cui la conoscenza puntuale della storia medica familiare garantisca un miglioramento delle capacità predittive dei rischi, così come una valida percezione dei rischi stessi e comporti quindi l'assunzione di stili di vita più adeguati, è gradualmente divenuto più fragile secondo i professionisti sanitari<sup>139</sup>. In aggiunta a ciò, gli odierni progressi scien-

<sup>135</sup> BARBUJANI G., VOZZA L., *op.cit.*, p. 138.

<sup>136</sup> COWDEN M., 'No Harm, no Foul': A Child's Right to Know their Genetic Parents, in *Int. J. Law. Pol. Fam.*, 2012, 26 (1), pp. 102-126; RAVITSKY V., *Conceived and deceived: the medical interests of donor-conceived individuals*, in *Hast. Cent. Rep.*, 2012, 42 (1), pp. 17-22.

<sup>137</sup> A stabilirlo a livello europeo è la direttiva 2006/17/EC, che ha implementato la direttiva 2004/23/EC rispetto ai requisiti tecnici per la donazione e il test di tessuti e cellule umane.

<sup>138</sup> DONDORP W., DE WERT G., PENNING G. *et al.*, *ESHRE Task Force on Ethics and Law 21: genetic screening of gamete donors: ethical issues*, in *Hum. Reprod.*, 2014, 29 (7), pp. 1353-1359.

<sup>139</sup> BERG A.O., BAIRD M.A., BOTKIN J.R. *et al.*, *National Institutes of Health State-of-the-Sciences Conference Statement: Family History and Improving Health*, in *Ann. Intern. Med.*, 2009, 151 (12), pp. 872-877; WILSON B.J., QURESHI N., SANTAGUIDA P. *et al.*, *Systematic review: family history in risk assessment for common diseases*, in *Ann. Intern. Med.*, 151 (12), 2009, pp. 878-885.

tifici permettono di sequenziare il genoma dell'individuo e conseguentemente analizzarlo per ottenere diagnosi e terapie sempre più studiate su misura del proprio corredo genetico<sup>140</sup> a prescindere, anzi, nell'inutilità della propria ascendenza genetica. Nondimeno, anche in seno alle famiglie formatesi attraverso una riproduzione sessuale, le famiglie *tradizionali*, spesso le informazioni in merito ai trascorsi patologici dei genitori o degli ascendenti è carente. In effetti, è esiguo il numero di persone che, secondo gli studi medici di settore, raccoglie attivamente e organicamente le informazioni di questo tipo<sup>141</sup>. Infine, un recente studio ha dimostrato come la propensione di donatori e riceventi ad ampliare lo spettro degli screening genetici sia moderata, anche in relazione ai costi da sostenere<sup>142</sup>.

Ciò non significa che, in virtù di una probabile negligenza di alcuni, o reticenza di altri, anche gli *enfants du don* debbano accontentarsi di ignorare l'aspetto medicalmente rilevante del proprio portato genetico, ma che simile rivendicazione debba essere apprezzata al netto delle posizioni ideologiche. Inoltre, come ben evidenzia Guido Pennings, occorre saper distinguere, quando si dibatte di etica, tra *necessità* e *desideri*, implicando solo i primi una rivendicazione solida ed essenziale, in grado di far sorgere in capo ad altri un *dovere* (proattivo, informativo, etc.). Perciò, secondo il bioeticista, a essere cruciale non è l'informazione in sé, ma la rilevanza che le si attribuisce e, a partire dal XIX secolo, abbiamo assistito a una progressiva "*genetisation of relationship*" fondata su una pretesa "*genetic truth*". In aggiunta a ciò, la genetica è "*primordial*" nella misura in cui coincide con un sostrato molecolare che traduce attraverso le generazioni delle informazioni di funzionamento e adattamento dell'organismo<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> COLLINS F.S., *The language of life: DNA and the revolution in personalized medicine*, Harper, New York, 2010; NOVELLI G., *Personalized genomic medicine*, in *Intern. Emerg. Med.*, 2010, 5 (Suppl. 1), pp. 581-590.

<sup>141</sup> DE MELO-MARTIN I., *How best to protect the vital interests of donor-conceived individuals: prohibiting or mandating anonymity in gamete donations*, in *Repr. BioMed. and Soc. Online*, 2016, 3, p. 104.

<sup>142</sup> Da questo punto di vista risulta interessante notare come la propensione dei riceventi cambi a seconda che il dono riguardi seme, ovociti o embrioni. Solo nel primo caso la propensione è alta, mentre nei secondi due di netto ridotta, anche in virtù della minor disponibilità di gameti femminili ed embrioni presso le banche, rispetto ai campioni di seme. AMOR D.J., KERR A., SOMANATHAN N. *et al.*, *Attitudes of sperm, egg and embryo donors and recipients towards genetic information and screening of donors*, in *Reproductive Health*, 2018, 15, p. 26.

<sup>143</sup> PENNING G., *Respecting parental choice regarding anonymity*, in *Egg donation: medical, psychological and ethical considerations*, ESHRE Campus course, Barcelona, 26-27 January 2018.



In conclusione, *de iure condendo*, sarà indispensabile comprendere se il desiderio dell'*enfant du don* di poter conoscere il proprio donatore integri anche una forma di necessità sul piano giuridico. Qualora simile impostazione trovasse riconoscimento, occorrerà rassegnarsi al pensiero che un insieme di molecole, nel loro perpetuo mutare e combinarsi, possa valere sul piano esistenziale più delle cure, dell'affetto e delle relazioni intessute con i *parents*, autori e protagonisti del progetto familiare.

#### 5.6. *Il segreto come condizione necessaria alla simulazione nel dono di gameti*

Acciocché la rappresentazione della PMA con dono come simulazione possa essere sostenuta, occorre necessariamente che essa sopravviva quanto meno all'interno delle mura domestiche. Per tale motivazione i medici specialisti della riproduzione umana hanno consigliato per un lungo periodo alle coppie di mantenere il *segreto* circa il metodo di concepimento con i diretti interessati. Contemporaneamente, tuttavia, alcuni psicanalisti andavano promuovendo un'impostazione di segno contrario, spingendo le coppie a rivelare le reali circostanze del concepimento ai propri figli<sup>144</sup>. Il segreto è dunque una delle condizioni necessarie per consentire alla simulazione di risultare credibile, ma, al contempo, risulta anche la causa prima del disagio che alcune testimonianze degli *enfants IAD* pongono in luce. A parere di chi scrive, infatti, a costituire un pericolo per il benessere psichico di tali soggetti non è l'impossibilità di conoscere l'identità di chi ha fornito parte del proprio patrimonio genetico. Si è considerato come la necessità di una *narrazione* personale rappresenti un elemento essenziale per la costruzione della propria identità. Si è inoltre affermato come tale narrazione non debba coincidere con una identificazione *genetica*, ma che sia il vissuto individuale a formarla, l'insieme di esperienze e avvenimenti in grado di conferire una forma specifica al *passato* di un individuo. In tal senso appare probabile che l'ostacolo principale a un fisiologico sviluppo psicologico sia la sussistenza di un segreto circa il debutto della propria storia<sup>145</sup>.

<sup>144</sup> Se Audrey Kermalvezen rimarca chiaramente come i medici abbiano incitato i suoi genitori a mantenere il segreto, al contrario il marito Arthur testimonia di come la psicanalista che seguì sua madre avesse invece insistito per non celare la verità. KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*, p.29; KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, p. 52.

<sup>145</sup> Così la psicanalista Delaisi de Parseval sostiene come «[l']identité de chacun se

Se infatti l'esigenza di raccontare una *storia* personale è tanto forte nell'epoca contemporanea da provocare un danno psichico a chi non ne possiede una coerente, è indubbio che tale narrativa debba essere quanto più possibile fedele alla realtà. Ma la fedeltà, in quest'ottica, assume la forma della verità storica, della descrizione puntuale dei fatti avvenuti e non certo una confusione del biologico con il sociale. In altri termini, sembrerebbe condivisibile sostenere la necessità non tanto dell'identificazione del *soggetto* autore del dono, quanto dell'*oggetto* e le *circostanze* del dono stesso. Invero rivelando agli *enfants du don* quale sia stato il mezzo, cioè il dono, attraverso il quale la loro nascita è stata possibile, una narrazione coerente del sé e del proprio vissuto è possibile. La farraginosità di un racconto dominato dalla simulazione non è solo pericolosa per la propria fragilità, ma diviene anche lesiva degli interessi del bambino, volendo accettare come fondata la pretesa secondo cui la conoscenza delle proprie origini genetiche permetta una miglior prevenzione di talune patologie. Questo tipo di segreto, dunque, costituirebbe a tutti gli effetti la violazione del principio bioetico "*do not harm*"<sup>146</sup>.

Invero, nelle testimonianze degli *enfants IAD* che rivendicano la possibilità di conoscere i propri donatori o le proprie donatrici si rintraccia di frequente un ragionamento incardinato sul valore della propria memoria, in particolare in relazione alla rivelazione del metodo impiegato dai genitori per concepirli. Si tratta del ricordo di una sensazione di disagio, articolata e declinata in modi ovviamente dissomiglianti, che, tuttavia, si ripresenta comunemente in tali racconti. A titolo esemplificativo, il malessere percepito può assumere la forma di una difficoltà a riconoscersi in uno dei due genitori sul piano fisionomico oppure a sentirsi *integrati* a pieno nel nucleo familiare. Simile turbamento da un lato è sempre riferito a un passato più o meno duraturo e remoto, mentre dall'altro permane inspiegabile fino al momento della rivelazione. La scoperta del ricorso a una IAD provo-

construit par la capacité qu'il peut avoir de mettre en intrigue son passé, de traduire son histoire sous forme de récit. Mais encore faut-il pour cela que l'histoire ait un début, que la vérité de son histoire soit rendue au sujet». Tuttavia, il ragionamento non si arresta e arriva a rimarcare come «[u]ne éthique saine de la reproduction suppose, pour moi, de pouvoir connaître ceux qui vous ont mis au monde (tant les parents que les co-géniteurs) et de pouvoir reconnaître l'exercice de la parentalité chez ceux qui vous ont élevés». DELAISI DE PARSEVAL G., *Famille à tout prix*, Éd. du Seuil, Paris, 2008, p. 257.

<sup>146</sup> SUNDE A., *Abolishing anonymous donation*, in *Egg donation: medical, psychological and ethical considerations*, ESHRE Campus course, Barcelona, 26-27 January 2018.

cherebbe un'immediata comprensione del *perché* tale inquietudine abbia contraddistinto un periodo delle vite degli *enfants du don*. In altri termini, una volta appreso come il proprio concepimento sia avvenuto grazie a un donatore o a una donatrice, improvvisamente il passato di questi individui si manifesterebbe in tutta la propria trasparente comprensibilità. Rigorosamente *ex post*.

Un'impostazione analoga è stata assunta nel 2005 dal *Comité consultatif national d'éthique* (CCNE) in un *avis* dal titolo evocativo «[a]ccès aux origines, anonymat et secret de la filiation», nel quale veniva sollecitata presso le famiglie IAD la rimozione del segreto circa il metodo di concepimento, ma mantenuto saldo il principio di anonimato<sup>147</sup>.

In conclusione occorre puntualizzare alcuni aspetti. Il primo concerne la necessità di tralasciare l'ipotesi non impossibile che, effettivamente, in seno alle famiglie costituite in virtù di una IAD possano intrattenersi relazioni interpersonali non fisiologiche e necessitanti dell'intervento di uno psicoterapeuta. Ciononostante tale circostanza non intende costituire oggetto della presente trattazione, visto e considerato come ciò possa verificarsi egualmente in una famiglia, per così dire, *tradizionale*. Il secondo aspetto, invece, coincide con l'espressione della volontà, da parte di chi scrive, non di delegittimare integralmente il disagio degli *enfants IAD*, bensì di proporre una critica quanto più costruttiva possibile, anche in ottica *de iure condendo*. Il terzo e ultimo, ma non certo meno rilevante, consiste nel voler puntualizzare come il riferimento al segreto non implichi la convinzione, da parte di chi scrive, che esso costituisca il paradigma delle famiglie IAD. Al contrario, tale riferimento viene operato per porre in luce come le maggiori problematiche relative al dono di gameti vengano in essere laddove il dialogo tra genitori e figli sia reso più complesso, anche e specialmente dal persistere di un forte tabù, con relativa stigmatizzazione sociale, sul tema del dono.

### *5.7. Alcuni spunti neuroscientifici rispetto alla memoria degli enfants du don*

Riprendendo le fila del discorso appena introdotto, appare in modo nitido come il cardine delle testimonianze, l'elemento attorno cui essere ruotano, sia il concetto di *memoria*. Da tale punto di osser-

<sup>147</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Avis n° 90, Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, 24 nov. 2005, ccne-ethique.fr, visitato il 14 giugno 2018.

vazione gli *enfants du don* costituiscono il *non plus ultra* della moderna concezione di umano, l'incar nazione perfetta dell'idea per cui l'essere umano *domini* il tempo attraverso una capacità predittiva verso il futuro e una mnemonica rispetto al passato<sup>148</sup>. Tali capacità consistono nella lettura del passato come catena di eventi vincolati dal principio di causalità, lettura in forza della quale sentirsi in grado di prevedere quanto avverrà in futuro. Nonostante ciò, rimane impossibile parlare di un evento prima che esso si realizzi e così, quella che appare come pertinente conoscenza del presente, si dimostra come mero racconto di un passato già avvenuto, *indicibile* prima che sia del tutto compiuto<sup>149</sup>.

A rendere ancora più complessa la disamina delle testimonianze degli *enfants IAD* considerate è il dato neuroscientifico, incline ad avvalorare, sul piano biologico e pragmatico, alcuni profili delle riflessioni appena proposte. In fatto di memoria, l'idea basilare in psicologia è che gli esseri umani non ricordino gli avvenimenti così come realmente accaduti<sup>150</sup>. Invero, «[r]emembering is not a completely independent function, entirely distinct from perceiving, imaging, or even from constructive thinking, but it has intimate relations with them all»<sup>151</sup> e, anzi, «[o]ne's memory of an event reflects a blend of information contained in specific traces encoded at the time it occurred, plus inferences based on knowledge, expectations, beliefs, and attitudes derived from other sources»<sup>152</sup>. In altri termini, la memoria sarebbe costituita solo in parte da fatti effettivamente realizzatisi nelle circostanze credute; invero, ogni volta in cui si provi a riportare alla mente un ricordo, esso viene ri-scritto con alcune più o meno importanti modifiche, inconscie, dovute a condizionamenti di varia natura. Condizionamenti che, in primo luogo, rispondono a un intrinseco bisogno dell'individuo di ricomporre i propri ricordi in un contesto *logico*, che risponda a uno schema di pensiero coerente dal punto di vista del concatenarsi delle cause e degli effetti. Per questo, in ambito neuroscientifico, si suole dire che la memoria sia *reconstructive* più che *reproductive*; infatti «memories are vulnerable even long after their storage and you can make them vulnerable again by rethriving

<sup>148</sup> NERHOT P., *Lettura del "Discorso sull'origine e i fondamenti della disuguaglianza tra gli uomini" di Jean-Jacques Rousseau*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 27.

<sup>149</sup> *Ivi*, pp. 37-43.

<sup>150</sup> Abitualmente si attribuisce la formulazione della prima teoria a riguardo allo psicologo britannico Frederick Bartlett in BARTLETT F. C., *Remembering. A Study in Experimental and Social Psychology*, Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 1995.

<sup>151</sup> *Ivi*, p. 13.

<sup>152</sup> *Ivi*, p. 244.

them» e, nello specifico, «when [memory i]s vulnerable, [if] you introduce new information during that time window, it's a sort of re-consolidation window, you might be able to permanently alterate the memory»<sup>153</sup>. Tale processo di *editing* dei ricordi risponde a meccanismi che non sono ancora del tutto chiari, se non per quanto concerne la loro inevitabilità e inconsapevolezza. Ciò significa che l'essere umano opera una costante, per quanto inconscia, ri-formulazione delle proprie reminiscenze. Simile sistema opera non soltanto per conferire senso a quanto accaduto, ma anche per attribuire un valore *emotivo* ai ricordi, affinché essi divengano strumenti di *previsione* e controllo degli eventi futuri<sup>154</sup>.

Perché volgere lo sguardo al sapere neuroscientifico? Per provare a comprendere se davvero la ragione ultima del disagio degli *enfants du don* debba andare ricercato nell'anonimato *à la française* in sé. Più verosimilmente, a produrre il lacerarsi della narrazione individuale non è tanto l'impossibilità di identificare il donatore o la donatrice, quanto il porre in essere e il perpetrare, nel nucleo familiare sorto da una IAD, un sistema di segreto, laddove posto in essere. In tal senso, a costituire una lacerazione nella narrazione individuale, nella *storia* personale, non sarebbe tanto l'esistenza di un donatore o una donatrice esterna alla coppia di *parents*, quanto, piuttosto, il fatto di dissimularne l'esistenza. Infatti, come le testimonianze degli *enfants du don* riportate nel presente lavoro mettono in luce, a provocare un primo stato di *choc*, dal quale trarre una ri-lettura integrale del proprio passato, è sempre la rivelazione tardiva o inavvertita del loro metodo di concepimento. Dal momento della scoperta, alcuni *enfants du don* riportano come improvvisamente sia stato possibile e *naturale* conferire un senso al proprio passato, a un affastellato insieme di ricordi e sensazioni precedentemente privi di spiegazione e fonti di inquietudine. Secondo le neuroscienze, tuttavia, è molto più probabile che nel momento in cui tali ricordi vengono richiamati alla mente, essi divengano vulnerabili, come si è visto, e dunque soggetti a un processo di ri-scrittura rispetto a nuovi sentimenti, informazioni ed emozioni. Inoltre, il momento della rivelazione costituisce non solo il cri-

<sup>153</sup> La professoressa Liz Phelps, *Julius Silver Professor of Psychology and Neural Science* presso il dipartimento di psicologia della New York University, ha dedicato un'ampia parte delle proprie opere allo studio del funzionamento della memoria umana. Per un approccio divulgativo, ma riassuntivo del suo pensiero, si veda il video da cui provengono i riferimenti nel testo: PHELPS E.A., *Why Do Our Memories Change?*, in *Scientific American*, 10<sup>th</sup> Feb. 2017, [scientificamerican.com](http://scientificamerican.com), consultato il 29 maggio 2018.

<sup>154</sup> *Ibidem*.

terio inconscio di revisione della propria memoria, ma soprattutto una consistente cesura rispetto al fluire della narrazione personale. Una cesura in grado, nel contesto del pensiero moderno e del valore attribuito alla *storia*, di far vacillare il piedistallo dell'identità personale costruita precisamente come *storia*. Si può pensare di evitare simile cesura? A parere di chi scrive sì, attraverso una narrazione fedele alla realtà sin dall'infanzia (con registri e lessici appropriati all'età), che si sviluppi gradualmente durante la crescita. In altre parole, il segreto, in forma di menzogna o di omertà, dovrebbe non aver spazio nella costruzione dei legami familiari in seguito a una IAD affinché l'individuo nato da essa possa attingere a piene mani da una *storia* che non sia il prodotto di una simulazione. Una storia coerente, che risponda al principio di logicità e non lasci percepire alcuna dissonanza al soggetto che si costruisce come individuo rispetto a una coppia di *parents*. Inoltre una simile impostazione consentirebbe, almeno per quel che concerne i *parents*, di non ostacolare la ricerca di informazioni *genetiche* direttamente riferibili allo stato di salute della prole, ammesso che si voglia contestare quanto già ricordato, rispetto alla ormai scarsa utilità del dato *storico* rispetto al quadro clinico.

Sul tema della *disclosure* agli *enfants IAD* del loro metodo di concepimento, una recente analisi ha inteso rispondere al quesito: «[a]re there any measureable, stable differences in the psychological well-being of donor offspring who are informed of the mode of their conception compared to those who are not?»<sup>155</sup>, attraverso una *review* completa dei maggiori studi degli ultimi anni. La conclusione dell'analisi è chiara: il quesito merita una risposta negativa, in quanto non vi sono evidenze sufficienti a supportare la tesi secondo cui gli *enfants du don*, consapevoli di essere tali, siano caratterizzati da un benessere psichico maggiore rispetto a coloro che ne rimangono ignari<sup>156</sup>. L'autore, noto bioeticista di rango internazionale, sostiene quindi come «[t]here might be good reasons to argue for disclosure but the best interest of the child is not one of them». Sul nodo costituito dall'interesse del bambino, declinato nella sua forma squisitamente giuridica, si avrà modo di ritornare più avanti. Per quel che attiene al segmento di riflessione in atto, invece, rileva dar conto di come alcuni degli studi alla base della *review* citata sostengano l'idea che il segreto possa cos-

<sup>155</sup> Il quesito era stato posto da KLOCK S.C., *Disclosure decisions among known and anonymous egg donor recipients*, in SAUER M.V. (ed.), *Principles of Oocyte and Embryo Donation*, Springer Verlag, London, 2013, pp. 195–204.

<sup>156</sup> PENNINGS G., *Disclosure of donor conception, age of disclosure and the well-being of donor offspring*, in *Human Reproduction*, 2017, Vol. 32, No. 5, pp. 969–973.

tituire l'elemento effettivamente lesivo del benessere dei nati da dono. Non solo, «it has been pointed out that disclosure is a gradual process that, in different layers, may go on for years» e tale sistema si è rivelato tra i più efficaci a garantire un equilibrio psichico e relazionale in seno alle famiglie. In ogni caso, l'autore, Guido Pennings, sostiene come gli effetti negativi di una rivelazione tardiva possano essere ritenuti valide ragioni per svelare sin dall'infanzia l'esistenza di una IAD soltanto qualora si tema che vi sia il concreto pericolo che la scoperta avvenga inavvertitamente. In sintesi, l'idea proposta è che se una famiglia è in grado di costruire una struttura sufficientemente solida a sostenere per un'intera vita il segreto, il benessere psichico dei figli non è a rischio. La posta in gioco, tuttavia, è troppo elevata, secondo chi scrive, perché si possa serenamente favorire il venir in essere di nuclei familiari fondati integralmente su una generica omertà o su un'affilata menzogna. La probabilità, anche citata da Pennings, che un test del DNA, espletato per le più varie motivazioni, ponga in dubbio il legame di filiazione è verosimilmente molto alta. La conseguenza di una simile «accidental or inadvertent disclosure» andrebbe identificata esattamente in quella cesura della storia dell'individuo in grado di sparigliare le carte atte a integrare l'identità di quel soggetto. Per Pennings tali ipotesi realizzano una mera «anecdotal evidence» relativamente alla quale «no reliable information is available on the frequency or extent of this happening».

Per quanto peso si abbia intenzione di attribuire alla narrazione individuale come *storia* dell'individuo, rimane, a parere di chi scrive, cruciale il garantire agli *enfants du don* la verità materiale, o storica che dir si voglia, rispetto alle circostanze del proprio concepimento. Un racconto coerente sul piano materiale, infatti, appare come unica garanzia di uno sviluppo psichico potenzialmente fisiologico. Indubbiamente, al contempo, simili istanze non intendono tradursi nell'ipotesi di obbligare i genitori a una rivelazione forzata, in particolare attraverso menzioni sul certificato di nascita o certificati specifici per gli *enfants IAD*. Si tratta piuttosto di sostenere l'evoluzione della sensibilità giuridica e sociale sul tema, attraverso rigorose trattazioni che concorrano a disgregare progressivamente la stigmatizzazione sociale e il tabù che rendono ancora più complesso il dialogo sul tema. Dialogo pubblico e politico, ma, prima di tutto, familiare e parentale.





## CAPITOLO IV

### Il dono di capacità riproduttiva e il diritto di accesso alle origini per gli *enfants du don*

#### 1. *Il dono di gameti come dono di capacità riproduttiva*

Si è dunque affermato come la problematica cruciale rispetto alla PMA con dono di gameti secondo il modello francese consista non tanto nell'impossibilità di saper dire la propria origine *biologica*, quanto nella fragilità della costruzione del sé quando le fondamentali siano costituite da una simulazione, per la quale svolge una funzione ancillare il segreto. All'individuo nato dal dono appare quindi imprescindibile cercare una chiave di lettura della simulazione e tale chiave non può che essere la *persona* che ha reso possibile lo scenario. Perché proprio il soggetto umano e non la pratica medica assurge a canone di esegesi per la simulazione? Perché quest'ultima è stata istituita tra persone, pur con l'ausilio di una pratica clinica. Invero, il modello bioetico francese, racchiuso nella formula della "*pseudo-filiation charnelle*", consente di far passare una persona sterile, infertile o ipofertile per *géniteur* di un individuo concepito grazie all'intervento di un donatore o di una donatrice.

Un'interpretazione differente dei rapporti di parentela che sorgono dalla IAD è tuttavia possibile, se non addirittura preferibile. Infatti, se l'attenzione venisse posta sulla *capacità riproduttiva* (senza dissimularne i limiti) dell'individuo e non sul ruolo che gli è assegnato in un contesto familiare, la confusione tra donatore e *parent* potrebbe venir fugata. Invero, a essere *donata* è proprio quella capacità, quella funzione, quell'elemento essenziale al corretto ingranarsi di un meccanismo biologico e non certo un ruolo, quello paterno o materno. Il donatore e la donatrice non trasmettono al progetto genitoriale di una coppia nient'altro che parte della propria capacità generativa: rimangono estranei al quadro di cura, educazione e affetto verso i futuri nati.

In questo senso ci si può avvalere di un'altra concettualizzazione operata da Irène Théry, vale a dire quella di "*donneur d'engendre*-"

*ment*". Tale nozione consente da un lato di «intègre[r] d'emblée à la compréhension de l'acte de donner l'intention dans laquelle il est fait - sa finalité», perciò di non voler assumere un ruolo di parentela, e dall'altro di chiarire il rapporto tra donatore e *parent* in quanto «au lieu d'être perçus implicitement comme deux rivaux pour une seule place, donneurs et parents sont appréhendés comme des individus jouant des rôles différents et occupant des places complémentaires»<sup>1</sup>. Inoltre, il concetto ci tornerà utile anche nel prosieguo, quando si avrà modo di analizzare la *gestation pour autrui* (GPA).

Il concetto di "*donneur d'engendrement*" permette di illustrare al meglio come il portare a coincidenza il dato biologico con quello sociale (simulando che il *géniteur* sia il *parent*) costituisca un vero e proprio rischio per l'equilibrio familiare e quello individuale degli *enfants IAD*. Invero, qualora il segreto venisse rivelato inavvertitamente e la simulazione si palesasse, sorgerebbero complesse dinamiche di contestazione del ruolo *sociale* del *parent*, a causa del venir meno dell'aderenza tra dato biologico e dato sociale. Differentemente, la chiave di lettura preferibile dovrebbe tenere in debito conto da un lato la compromissione di una funzione biologica e dall'altro la natura sociale del dono di gameti. Ciò significa non celare l'infertilità e al contempo decifrare la PMA con dono come nuova forma di istituzione della filiazione, invece di limitarne la concezione a pratica clinica di *cura* dell'*organismo*. Nessuna persona infertile *garisce* grazie a un dono di gameti, ma un individuo infertile può divenire *parent* in seno alla propria *nascente* famiglia e per l'ordinamento giuridico grazie a quel dono. Un dono che è un dono di capacità riproduttiva, che avviene grazie all'intervento di un "*donneur d'engendrement*", che si autoesclude, nella consapevolezza del dono, dalla partecipazione alle successive fasi del progetto genitoriale. La IAD, sul piano giuridico, è una cura per il benessere psicologico e sociale delle persone e non certo per quello fisico; perciò nulla osta a che tale pratica si riconduca all'alveo del diritto alla salute come inteso dalla WHO e da numerosi ordinamenti nazionali. Purché ciò avvenga nella piena onestà intellettuale, volta quindi a riconoscere a ciascuno dei partecipanti il proprio contributo, senza addivenire a costruzioni simulate al fine di far aderire la pratica clinica a una determinata morale sessuale. La "*pseudo-filiation charnelle*" avrebbe infatti dovuto costituire un proficuo strumento di legittimazione della PMA con dono, ma, nel venir reiterata nei decenni, ha indotto lo scaturire di problemi morali assai più complessi di quelli che si prefiggeva di risolvere.

<sup>1</sup> THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 2010, pp. 49-50.

## 2. La legittimazione della “famiglia IAD” come condizione preliminare per evitare il segreto

Si è visto come la segretezza imposta agli *enfants du don* conosca la propria *ratio* nell'intenzione dei creatori del modello bioetico francese di legittimare sul piano sociale e giuridico una determinata pratica clinica. Eppure, a distanza di alcuni decenni dalla diffusione della tecnica in questione, si può agevolmente constatare come gli esiti si siano di segno opposto: la scelta di imporre il riserbo più totale circa la modalità di concepimento agli *enfants IAD* ha condotto alla deriva il sistema, comportando invero una de-legittimazione sociale della pratica. Infatti attraverso la segretezza si intendeva celare l'esistenza del dono, ma si è constatato come la rivelazione tardiva, spesso addirittura accidentale, del dono stesso assicuri uno spazio assai esteso al donatore come persona, come “*homme caché*”, fonte di un copioso numero di interrogativi per l'*enfant IAD*. Inoltre la negazione implicita della patologia riproduttiva ha permesso una qualche misura di rendere la *IAD* un tabù per quasi quarant'anni. In tal senso quindi la PMA con dono appariva del tutto legittima agli occhi delle coppie allo scopo di concretizzare un progetto familiare, ma non certo al fine di divulgarne il metodo ai familiari, amici e conoscenti. Indubbiamente nell'epoca odierna la *IAD* non costituisce un tabù *sic et simpliciter*, anzi, l'informazione in merito è del tutto affermata sia in ambito scientifico che divulgativo, per quel che concerne la Francia, grazie anche all'operato dell'*Agence de la Biomédecine*<sup>2</sup>. A discapito di una relativa semplicità comunicativa sui temi in questione, alcuni nodi gordiani persistono e accomunano, per quanto con intensità diverse, la Francia e l'Italia, permanendo le istituzioni di quest'ultima, come si avrà modo di illustrare in seguito, molto più restie a offrire strumenti informativi in materia.

Tra le problematiche insolute, svetta l'incapacità di scindere la PMA da un contesto sessuale. L'argomento si presenta *prima facie* paradossale, visto e considerato come le tecniche di fecondazione assistita abbiano realizzato la scissione proprio tra la sessualità e la riproduzione. Malgrado ciò, è noto come l'infertilità o la sterilità siano socialmente percepiti come *vulnera* alla sessualità. In particolare ci si

<sup>2</sup> L'*Agence de la Biomédecine* cura particolarmente il profilo della comunicazione, al fine di rendere consapevoli i pazienti e i donatori quanto più possibile e, inoltre, allo scopo di sollecitare il dono. Basti notare come esistano due siti appositamente dedicati al dono di gameti maschili (*dondespermatozoides.fr*) e femminili (*dondovocytes.fr*).

riferisce all'impressione diffusa e radicata per cui un certo archetipo di virilità non possa prescindere dalla capacità *generatrice* individuale. L'uomo raggiunge da una diagnosi di infertilità «viene colpito [nel] il senso di potenza e mascolinità. Ciò ha conseguenze che si riflettono sulla sessualità all'interno della coppia, anzi la sessualità è generalmente la prima area a farne le spese. Negli uomini l'esperienza di fertilità e adeguatezza sessuale sono intimamente correlate e le reazioni emotive alla sterilità alterano e/o minano il senso di sé come potente e adeguato dal punto di vista sessuale»<sup>3</sup>. L'uomo subisce dunque quella che si definisce una «ferita narcisistica» della personalità. Così la perdita della fertilità si traduce in una perdita della spontaneità sessuale, vissuta come continuo test di una capacità ormai compromessa, che si riflette sul piano sociale nell'esperienza della stigmatizzazione della patologia e dell'isolamento<sup>4</sup>. Invero, nella maggior parte dei casi nessuna funzione eminentemente sessuale risulta realmente compromessa; si tratta piuttosto della percezione del sé fragilizzata rispetto alla partner e nei confronti di un presunto archetipo maschile, in cui potenza e fertilità non riescono a venire scisse. L'esperienza della stigmatizzazione assimila le donne agli uomini, nella misura in cui nelle prime «l'esperienza della sterilità è percepita in termini di fallimento verso se stesse, verso il partner e verso il mandato familiare e sociale che affida alla donna il compito della prosecuzione generazionale. Il fallimento si colora di sentimenti di colpa più o meno consapevoli, che incidono non solo sulla rappresentazione di sé, ma anche sull'immagine del proprio corpo. La sessualità ne è compromessa nel senso che, anziché essere espressione di desiderio, di piacere, di legame libidico, viene svuotata di spontaneità e sottoposta all'obbligo del protocollo medico»<sup>5</sup>. A ciò possono sommarsi i fantasmi dell'adulterio e della *sostituzione* quando a intervenire sia un dono di gameti, provocando il realizzarsi di un frattura non solo tra sessualità e riproduzione, ma anche tra riproduzione e filiazione.

Un altro nodo rilevante è costituito dalla già rimarcata confusione sulla natura della IAD, intesa come terapia gravante sull'*organismo*, seppur non in grado di *guarire* alcun corpo infertile. Una lucida comprensione della natura *sociale* del protocollo medico consentirebbe non solo di cogliere come la patologia inferisca sulla fertilità del

<sup>3</sup> MARION P., *Il disagio del desiderio. Sessualità e procreazione nel tempo delle biotecnologie*, Donzelli editore, Roma, 2017, p. 100.

<sup>4</sup> APFEL R.J., KEYLOR R.G., *Psychoanalysis and infertility. Myths and realities.*, in *Int J Psychoanal*, 2002, 83(1), pp. 85-104.

<sup>5</sup> MARION P., *op.cit.*, p. 101.

paziente e non sulla sua sessualità, ma anche di comprendere la PMA con dono come un modo di istituzione della filiazione, in senso sociale e giuridico. Il donatore e la donatrice non sono gli autori del programma genitoriale, non intraprendono un complesso quanto impervio percorso medico e non si assumono responsabilità nella cura, nell'educazione e nella crescita dei nascituri.

Infine occorre riconoscere come, in ogni caso, il modello di famiglia coniugale tradizionale abbia esaurito la propria capacità di descrivere il dato sociale e antropologico contemporaneo. Le riforme del diritto di famiglia che, con declinazioni differenti, sono state posse in essere in molti Paesi europei a partire dalla fine degli anni '60 hanno radicalmente modificato struttura e posizione dell'istituto matrimoniale, specialmente in relazione ai rapporti di filiazione. Ha avuto luogo una «*redéfinition majeure de la place et du rôle de l'institution matrimoniale dans le système de parenté occidental et, plus largement, l'organisation globale de la dimension sexuée de notre vie sociale*», che Irène Théry ha sapientemente definito "*démariage*"<sup>6</sup>. Le riforme summenzionate hanno avuto un comune denominatore, vale a dire l'acquisizione del principio di eguaglianza dei sessi tra i valori cardine degli ordinamenti democratici interessati. La parità di genere ha comportato innanzitutto l'abolizione della potestà maritale, così come la sostituzione dell'autorità parentale alla patria potestà e, più alla radice, la possibilità per la donna di scegliere se sposarsi o meno<sup>7</sup>. Nondimeno l'avvenuta equiparazione, sul piano giuridico, dei figli legittimi e di quelli naturali ha implicato la messa in discussione dei fondamenti del legame di filiazione, così come concepito per secoli nelle società occidentali. In questo senso, difendere strenuamente la famiglia *tradizionale*, fondata sull'indissolubilità del legame matrimoniale, nonché sulla filiazione legittima esclusivamente se frutto di una riproduzione *naturale*, per effettiva o simulata che sia, costituisce un vizzo ideologico più che un'acuta osservazione della realtà sociale contemporanea. In altri termini, «*le changement social va depuis quarante ans dans le sens d'une acceptation croissante de la diversité des trajectoires biographiques et des configurations familiales, d'une attention accrue aux droits des personnes (droits de l'enfant, droits des patients), et enfin d'une certaine normalisation du recours à*

<sup>6</sup> THÉRY I., *op.cit.*, p. 201.

<sup>7</sup> La riflessione sociologica rispetto alle riforme del diritto di famiglia in oggetto proposta da Irène Théry offre spunti molto più ampi, in questa sede necessariamente da sintetizzare. Per un approfondimento si veda THÉRY I., *Le Démariage. Justice et vie privée*, Odile Jacob, Paris, 1993.

l'AMP, qui est d'autant moins vécu come une sorte de transgression sociale que l'infertilité cesse d'être perçue comme une signe de carence de l'individu par rapport à un modèle très traditionnel de virilité ou de féminité»<sup>8</sup>. Beninteso, nulla osta a che ciascun individuo sia libero, nella misura in cui la propria salute riproduttiva glielo permetta, di decidere quale sentiero intraprendere nel cammino verso la fondazione di un nuovo nucleo familiare. Ciò che rileva è però l'ineadeguatezza dell'unicità di un modello di riferimento, quello della famiglia coniugale, rispetto alla poliedricità del tessuto sociale. La questione può apparire *ictu oculi* non innovativa, specialmente considerata l'evoluzione della giurisprudenza internazionale in materia di adozione del minore e di ri-costituzione dei nuclei familiari in seguito allo scioglimento del matrimonio. Tuttavia, mantenendo lo sguardo sulla normativa della PMA con dono di gameti, non possono non sorgere vigorose perplessità rispetto all'impostazione che il Legislatore francese ha inteso apprestare per la materia. I temi sono in realtà maturi per una «réforme globale de la filiation: substituer, au modèle matrimonial "pseudo-procréatif" un droit de la filiation à la fois *commun* et *pluraliste*, respectueux de la spécificité des nouvelles formes de filiation fondées sur l'engagement, et soucieux d'assurer enfin le droit fondamental de l'enfant d'accéder à sa propre histoire»<sup>9</sup>.

In conclusione, tre appaiono i passaggi necessari, *de iure condendo*, affinché la formazione delle famiglie attraverso un percorso di PMA con dono risultino effettivamente legittimate e non debbano sentirsi costrette a ricorrere al segreto per potersi efficacemente collocare nelle proprie comunità di riferimento. Innanzitutto occorre un profondo lavoro culturale affinché la sessualità, sul piano concettuale, possa emanciparsi integralmente dalle patologie che affliggono l'apparato riproduttivo. Diversi sono gli strumenti possibili, a partire da un'educazione che non renda l'uguaglianza di genere un vessillo ideologico, ma che cresca individui in grado di assegnare lo spazio corretto alla propria sessualità, nonché al proprio genere, rispetto al partner e alla società. Un'educazione che non porti a coincidenza il sesso biologico e la sua correlata potenzialità generatrice con un ruolo sociale o familiare. Inoltre, un nodo ancora più fondamentale da sciogliere appare quello di riuscire a discernere con lucidità la natura *sociale*

<sup>8</sup> THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, p. 113.

<sup>9</sup> Il corsivo è delle autrici; THÉRY I., LEROYER A.-M., *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle. Rapport remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, ministère des Affaires sociales et de la Santé*, Odile Jacob, Paris, 2014, p. 147.

della IAD, che non costituisce invero una terapia per l'organismo, bensì un'altrettanto legittima terapia per il benessere psichico dei soggetti. Infine sarebbe proficuo accettare il tramonto del modello *tradizionale* quale unico paradigma per le formazioni familiari, conferendo il debito peso a ciò che rileva massimamente in un nucleo familiare: i legami affettivi e non certo il dato genetico.

Perseverare nella convinzione che il modo migliore per difendere le famiglie e gli *enfants du don* sia *simulare* che la IAD non abbia mai avuto luogo, affinché le prime costituiscano un'accurata riproduzione del modello familiare coniugale presenta molti pericoli. Primo tra tutti, il rischio di non riuscire a sradicare la stigmatizzazione legata all'infertilità. Nondimeno, la probabilità di mettere a repentaglio la salute psichica degli *enfants IAD*, costretti a costruirsi sulla base di una finzione in grado di disastare il benessere di questi individui fino a rimettere in discussione l'interezza del loro vissuto. In conclusione sembra opportuno tenere sempre a mente un'affermazione cruciale di Carbonnier in materia di diritto di famiglia: «la filiation est avant tout, à nos yeux, le moyen technique de désigner des titulaires pour le contrôle de la progéniture, de nommer ceux qui sont le plus aptes à assurer la socialisation de l'enfant, à le pousser en avant par l'autorité parentale et le partage... La vérité de la filiation est susceptible de bien d'autres critères que la voix de la nature ou, pour parler scientifiquement, de la vérité biologique»<sup>10</sup>.

### 3. La parità di genere nell'istituto matrimoniale quale paradigma di ri-scrittura della struttura familiare

L'effettiva legittimazione sociale della IAD sembrerebbe richiedere la profusione di un impegno sociale, politico e giuridico al di fuori dal comune. Invero la complessità di simile operazione è inferiore a quanto si possa immaginare, visto e considerato come ai nostri giorni le famiglie si compongano e ri-assemblino in modi molto meno *tradizionali* di quanto si creda. La nozione di "*démariage*" proposta da Irène Théry riassume esattamente l'esito delle trasformazioni che hanno investito la società europea nell'ultimo quarantennio, ma qual è la causa primaria di simili metamorfosi? Trattasi dell'iscrizione tra i valori democratici contemporanei del principio della parità dei sessi.

<sup>10</sup> CARBONNIER J., *Droit civil. La famille, l'enfant et la couple*, 21<sup>e</sup> édition, Thémis, Tome 2, PUF, 2002, p. 198.

Quest'ultimo ha sovvertito dalle fondamenta le organizzazioni di più di una relazione sociale, interrogando alcune tra le più arcaiche rappresentazioni umane. L'uguaglianza di genere in tal senso ha sollecitato, e sollecita ancora oggi, lo sviluppo della famiglia, del matrimonio e della filiazione, che per secoli si sono trovati al centro della rappresentazione umana della divisione dei ruoli su base sessuale. La donna era infatti collocata in uno schema di complementarità rispetto all'uomo, a lui sottoposta gerarchicamente e *naturalmente* inserita in un contesto familiare in cui il *pater familias* recava su di sé ogni forma di potere decisionale per la famiglia intera. Nell'*Ancien Régime*, inoltre, la famiglia partecipava di un preciso ordine divino, chiaramente di matrice cristiana, in cui si disponeva a occupare uno spazio sociale in sintonia con le istituzioni pubbliche e religiose. Simile società *olistica*, in seno alla quale tutti e ciascuno potevano sentirsi tutelati dall'assegnazione di una precipua posizione sociale, è stata violentemente sradicata dalle guerre di religione e dalla filosofia dei Lumi. È noto come la Rivoluzione abbia reso i sudditi *cittadini*, vale a dire soggetti titolari di diritti *soggettivi*, conferendo alla società una dimensione schiettamente individualista. Così la famiglia ha subito una metamorfosi graduale, passando dalla grande "*famille-lignagne*" alla piccola famiglia coniugale fondata sulla libera, o quasi, scelta del coniuge. Il pensiero dei Lumi ha arricchito lo scenario individuando nella donna il soggetto più propenso alla devozione al prossimo, alla cura e al dono, mentre nell'uomo il soggetto in grado, attraverso la propria forza, di proporsi per il governo della comunità e per la battaglia<sup>11</sup>. L'istituto matrimoniale occidentale ha funzionato per due secoli grazie alla pretesa legittimità della netta ripartizione dei ruoli, ritenuta *naturale* in quanto rispondente a precipue inclinazioni *biologiche*. La famiglia coniugale secondo Jean-Jacques Rousseau era «la première des sociétés et la seule naturelle»<sup>12</sup>, vale a dire il punto di passaggio tra la natura degli istinti e la cultura delle relazioni mediate dalla ragione. In senso analogo ha poi disposto l'art. 16 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, poco prima di un'altra grande rivoluzione sociale: «[L]a famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État». A dispetto di ciò che si potrebbe credere, tuttavia, «[L]e cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité»<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> THÉRY I., *Qu'est-ce que la distinction de sexe?*, éditions FABERT, Bruxelles, 2<sup>e</sup> éd., 2011, p. 43.

<sup>12</sup> ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Devaux, Paris, 1840, p.5.

<sup>13</sup> CARBONNIER J., 1<sup>er</sup> avril 1994, *École nationale de la magistrature*, dans THÉRY I., DE TADDEO C., *Le mariage n'est plus le socle de la famille*, in *Le Journal du dimanche*, 3 novembre 2012.



Invero, l'istituto matrimoniale ha consentito all'uomo per due secoli, mediante il proprio status di sposo, di venir designato *ex ante* come padre dei figli che la sposa metterà al mondo: «[c]'est en ce sens que l'on a pu dire que la fonction majeure du mariage est de fabriquer institutionnellement des pères grâce à la présomption *Pater is est quem nuptiae demonstrant*»<sup>14</sup>. In questo modo, tuttavia, i figli nati all'infuori del matrimonio andavano acquisendo lo status di adulterini o *naturali*, in un'accezione ben distinta da quella odierna. L'attributo *naturale* rinviava al mondo degli istinti, delle passioni non mediate dalla ragione e, in estrema *ratio*, degli animali come bestie prive di razionalità. I figli *naturali* erano perciò emarginati, al punto da ritrovarsi in una condizione peggiore rispetto a quella dell'*Ancien Régime*, quando era loro attribuita una posizione sociale, seppur sprovvista di qualsivoglia accesso alla linea di successione<sup>15</sup>.

Le riforme del diritto di famiglia, delle quali si tratterà nel prosieguo, hanno ribaltato simile struttura, riportando al centro dell'unione matrimoniale la coppia, proprio in virtù del sopravvenuto principio di parità di genere. Nondimeno, tali riforme hanno stabilito un principio di uguaglianza non solo tra i bambini nati da coppie sposate e da coppie non sposate, ma anche tra i bambini di coppie ancora unite in matrimonio e quelli di coppie divorziate. Infine, come ultimo traguardo, nel 2005 i diritti dei figli *legittimi* e di quelli *naturali* sono stati parificati. Pertanto «[d]ésormais, la filiation ne repose plus sur le socle du mariage. Elle a été refondée sur son propre socle, elle est commune à tous et indépendante du fait que les parents soient mariés ou non mariés, unis ou séparés»<sup>16</sup>.

I mutamenti sociali intercorsi nell'ultimo quarantennio rendono quindi sempre meno legittima la logica di assimilazione alla base del modello bioetico francese. Le famiglie contemporanee sono sempre più frutto di ricomposizioni e legami non formalizzati in conseguenza dei quali a instaurarsi sono rapporti affettivi e di cura svincolati dal dato biologico. Il tentativo costante di assimilare la PMA con dono all'archetipo di famiglia coniugale fondata sulla complementarietà della coppia, nonché sulla procreazione naturale e sul conseguente legame genetico, appare sempre più una forzatura incapace di fornire risposte adeguate, specialmente sul piano giuridico. In particolare

<sup>14</sup> THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, p. 198.

<sup>15</sup> THÉRY I., *Mariage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, Éd. du Seuil, Paris, 2016, pp. 58-60.

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 76.

considerando come la filiazione in generale non conosca più un'unica direttrice, ma si dirami in una multiforme raggiera di possibilità. Nel prosieguo si approfondirà dal punto di vista giuridico tale affermazione. In ogni caso, gli *enfants IAD* in questo senso tendono a rimanere emarginati, in «un contexte sociohistorique où la grande opposition entre filiation légitime et filiation naturelle a disparu» a farsi largo è stata «une autre façon de penser l'inscription de l'enfant dans la parenté [...]: celle qui distingue la filiation charnelle et la filiation adoptive». Perciò la simulazione che dà luce a una “*pseudo-filiation charnelle*” risulta come unica possibile risposta: al fine di poter includere in una categoria sociale e giuridica degli individui che, al contrario, chiederebbe un riconoscimento specifico che non fosse il prodotto di una finzione. Soprattutto se si tiene conto di come «la parenté est un système d'attente dont la double caractéristique est de lier la vie et la mort sous l'égide de la “condition de mortalité” et de singulariser l'appartenance au groupe par la voie non pas de l'identification (x n'est pas y) mais de l'identité narrative: en liant certains uns à certains autres par une histoire mettant au centre la relation et non pas l'identité substantielle»<sup>17</sup>. Se per l'autrice di questo passo ciò significa che sia necessario permettere agli *enfants IAD* di conoscere il donatore o la donatrice, da parte di chi scrive appare lecito ribadire quanto già affermato in precedenza. Vale a dire come ciò che sembra essenziale, nell'ottica del rispetto degli *enfants du don*, non sia tanto la possibilità di identificare la *persona* autrice del dono, quanto il diritto di conoscere la modalità del proprio concepimento, al fine di poter costruire una narrazione del sé coerente, scevra da simulazioni e aderente alla realtà.

#### 4. I rapporti di filiazione nell'ordinamento francese

Proviamo dunque a gettar luce, sinteticamente, sui principali momenti di sviluppo del diritto di famiglia francese, per ciò che inerisce il tema della nostra analisi. *In primis* si tratta del percorso di affermazione del principio di uguaglianza tra i bambini concepiti in seno al matrimonio e quelli concepiti al di fuori. Il primo passo in questo senso si è concretizzato nella *Loi du 16 novembre 1912*, che ha rimosso il divieto di ricerca della paternità dei nati al di fuori del matrimonio,

<sup>17</sup> THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, p. 240.

rimediando parzialmente al disequilibrio pre-esistente tra responsabilità della donna e dell'uomo rispetto alla gravidanza. Successivamente, con la *Loi du 3 janvier 1972*, si è ottenuto un riconoscimento della famiglia *naturale*, non vincolata dal legame matrimoniale; si deve tuttavia rendere conto di come tale norma abbia mantenuto in vita un doppio *status* di filiazione, con le complicazioni legali e burocratiche immaginabili. In *secundis*, tre riforme hanno condotto all'eliminazione delle discriminazioni tra bambini figli di genitori sposati o separati. La *Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975* relativa alla riforma del divorzio ha introdotto il principio dell'alternatività dell'affidamento dei figli ai genitori. Questo principio è stato sostituito, in un tempo relativamente breve, da quello dell'esercizio dell'autorità parentale congiunta, introdotto dalla *Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987*. Tale sistema ha subito un perfezionamento, nel tentativo di cancellare ogni residuo di asimmetria tra donna e uomo nella responsabilità verso i figli, attraverso l'istituzione del principio di *co-parentalité* in seguito al divorzio, contenuto nella *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002*.

Infine, grazie all'*Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005*, il doppio *status* di filiazione legittima o *naturale* è stato abrogato, espungendo dal sistema qualsiasi distinzione legale e iscrivendo la filiazione in un terreno autonomo e distinto dall'istituto matrimoniale<sup>18</sup>. L'entrata in vigore dell'*Ordonnance 4 juillet 2005* ha comportato la perdita di rilievo del c.d. periodo legale di concepimento<sup>19</sup>, divenendo dirimente non più il concepimento, bensì la nascita dei bambini. Dirimente nell'ottica di determinare quali modalità siano adatte a stabilire la filiazione, considerato come lo *status* dei figli sia il medesimo a prescindere dall'esistenza del vincolo matrimoniale o meno tra i genitori.

Attualmente nell'ordinamento francese esistono quindi due soli tipi di filiazione: la filiazione *tout-court*, vale a dire "*charnelle*" (*Titre VII* del *Livre Ier* dedicato alle persone nel *Code Civil*), e la filiazione adottiva (*Titre VIII*). In relazione a tali tipologie si pongono tre categorie di modi di stabilimento della filiazione: per effetto della legge, per riconoscimento e per possesso dello stato.

<sup>18</sup> Vedasi THÉRY I., *Mariage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, pp. 74-77 per un approfondimento sulla storia del diritto di famiglia francese.

<sup>19</sup> Il c.d. periodo legale di concepimento, regolato dall'art. 311 CC, sancisce la presunzione per cui un bambino sia concepito tra il 300° e il 180° giorno, inclusi, prima della data della nascita. Tale canone temporale rileva ormai più ai fini della richiesta di specifici *subsides* all'uomo con cui la madre del nato abbia intrattenuto una relazione sessuale nel periodo in oggetto. Si veda RENAULT-BRAHINSKY C., *Droit des Personnes et de la Famille*, Gualino, Lextenso éd., Issy-Les-Moulineaux, éd. 2017-2018, p. 193.

Per quanto concerne la filiazione “*charnelle*” stabilita per effetto della legge, essa si fonda ancora, *ex latere patris*, sulla presunzione legata al vincolo matrimoniale, quando questo sussiste. Una presunzione che la giurisprudenza aveva esteso anche ai bambini *nati* nel matrimonio, ma concepiti in precedenza<sup>20</sup>. La *Loi du 3 janvier 1972* e l’*Ordonnance 4 juillet 2005* hanno elevato il principio a rango di norma primaria, ora contenuta all’art. 312 CC. Gli unici casi nei quali la presunzione di paternità non opera sono l’ipotesi in cui il bambino sia stato concepito nel corso di un periodo di separazione legale dei coniugi (art. 313 CC) o quella in cui l’atto di nascita non designi il marito in qualità di padre (art. 313 CC). Tuttavia, gli effetti della presunzione possono essere ri-stabiliti sia attraverso la “*possession d’état*” tra bambino e marito (qualora non vi sia un legame di filiazione paterna già stabilito nei confronti di un altro) o per via pretoria (art. 315 CC). L’applicazione della presunzione di paternità è esclusa, secondo quanto dispone l’art. 6-1 CC, qualora si tratti di coppie omosessuali unite in matrimonio.

Per ciò che attiene la filiazione “*charnelle*”, stabilita per effetto della legge, *ex latere matris*, quest’ultima è designata nell’atto di nascita del bambino; atto che fa presumere che ella abbia partorito, secondo il principio per cui *mater semper certa est*. Nessuno specifico controllo è previsto da parte dell’ufficiale dello stato civile che raccolga la dichiarazione in questo senso, ma la falsità della dichiarazione può essere contestata con qualsiasi mezzo. La donna partoriente, inoltre, ha il diritto di “*accoucher sous X*” (art. 326 CC), vale a dire di non inserire il proprio nome nell’atto di nascita del bambino.

Rispetto alla filiazione “*charnelle*” il riconoscimento opera nei casi nei quali non sia stato possibile stabilire il rapporto grazie all’effetto della legge. In altri termini qualora la presunzione di paternità non sia applicabile (art. 316 al. 1<sup>er</sup> CC), qualora sia stata inapplicata per separazione legale dei coniugi o il marito non risulti nell’atto di nascita come padre (art. 315 CC) oppure qualora la madre non compaia nell’atto di nascita e decida di riconoscere il figlio (art. 311-25 CC).

In aggiunta a ciò, la filiazione “*charnelle*” si può stabilire mediante possesso dello stato (art. 311 CC), cioè della relazione *parent-enfant*, secondo tre criteri. Il primo è che il bambino sia trattato come figlio da coloro che si presumono essere i suoi genitori e viceversa (*tractatus*). Il secondo è che i presunti genitori siano considerati tali dalla società, dalla famiglia e dall’autorità pubblica (*fama*). Il terzo è che il bambino porti il cognome di colui o colei che è considerato essere il

<sup>20</sup> *Cour de Cassation civ.*, 8 janv. 1930, Degas: DP 1930, 1, p. 51.

genitore (*nomen*). Affinché il possesso dello stato risulti valido, esso deve essere continuo, pacifico, pubblico e non equivoco (art. 311-2), ma non è richiesta una comunità di vita tra il presunto genitore e il bambino<sup>21</sup>.

La tassonomia della filiazione prevede poi la categoria dell'adozione, della quale esistono due differenti modelli. Il primo è quello dell'“*adoption plénière*”, che può essere stabilita da parte di una persona sola, di una coppia (art. 346 CC) oppure da parte di un soggetto nei confronti del figlio o della figlia del coniuge. Se l'adozione è richiesta da parte di una persona sola, ma sposata, diviene indispensabile che ottenga il consenso del coniuge per poter procedere, salvo che siano “*séparés de corps*” o che il coniuge non sia nelle condizioni di esprimere la propria volontà (art. 343-1, al. 2 CC). La persona sola, inoltre, deve avere compiuto il 28° anno d'età (art. 343-1, al. 1<sup>er</sup> CC). Nel caso in cui si tratti di “*adoption plénière*” del figlio del coniuge, occorre che il rapporto di filiazione sia istituito esclusivamente nei confronti del coniuge stesso (anche qualora sia stata istituita con un'ulteriore “*adoption plénière*”). Alternativamente l'autorità parentale dell'altro genitore deve essere stata integralmente rimossa oppure l'altro genitore sia deceduto senza lasciare ascendenti di primo grado. Ancora, qualora questi esistano, ma siano disinteressati alla cura del bambino, si integra un'ultima ipotesi di applicabilità dell'“*adoption plénière*”. L'adozione di questo tipo, inoltre, non può mai essere richiesta da coniugi che siano “*séparés de corps*” (art. 343 CC). Per ciò che inerisce la condizione dell'adottato, egli deve avere meno di 15 anni (art. 345, al. 1<sup>er</sup> CC) e, qualora ne abbia più di 13 è necessario che doni il proprio consenso (art. 345, al. 3 CC). I soggetti adottabili si dividono in tre categorie specifiche. La prima è quella dei bambini per i quali è stato donato il consenso all'adozione da parte di entrambi i

<sup>21</sup> L'art. 222-6 del *Code de l'action sociale et des familles* regola nel dettaglio l'“*accouchement sous X*”, stabilendo come qualunque donna che desideri mantenere l'anonimato al momento del parto debba venir informata dalla struttura sanitaria delle conseguenze giuridiche di tale richiesta, nonché dell'importanza per ogni persona di «connaître ses origines et son histoire». La donna è quindi invitata a lasciare, se vi consente, delle informazioni sulla propria storia medica e su quella del padre del bambino, nonché sulle *origini* e le circostanze della sua nascita. Inoltre, la donna può decidere di lasciare il proprio nome in busta chiusa, ma la sua identità potrà essere rivelata solo su suo consenso. Ciascuna di tali opzioni informative è esercitabile non solo nell'imminenza del parto, ma anche in qualunque momento successivo. In aggiunta a ciò, qualora la donna scelga di mantenere l'anonimato, le spese sanitarie relative al parto divengono a carico del *service de l'aide sociale à l'enfance*, collocato presso la struttura sanitaria coinvolta. Il medesimo servizio può fornirle, se la donna ne presenti richiesta, un accompagnamento psicologico.

genitori (art. 348, al. 1<sup>er</sup> CC) o di uno solo tra loro se la filiazione è stabilita solo nei suoi riguardi (art. 348-1 CC). In taluni casi è un *Conseil de famille* a essere deputato a donare il consenso<sup>22</sup>. Il medesimo organo è competente anche a scegliere, di comune accordo con il tutore del bambino, l'adottante (art. 348-4 CC). Infine, è richiesto che tra adottante e adottato intercorrano almeno 15 anni di differenza, salvo giusti motivi che possano ridurre la differenza (art. 344 CC) e salvo il caso che si tratti di adozione del figlio del coniuge, per cui sono sufficienti 10 anni di differenza (art. 344, al. 1<sup>er</sup> CC).

Il nodo cruciale dell'“*adoption plénière*” è costituito indubbiamente dai suoi effetti, considerato come si verifichi una «rupture complète du lien de filiation d'origine et, par voie de conséquence, la plénitude des droits dans la famille adoptive correspond à la finalité substitutive de cette forme d'adoption»<sup>23</sup>. La cesura integrale, così come il sopravvenire del motivo impeditivo del matrimonio e l'assunzione del cognome dell'adottante sono sanciti dall'art. 356, al. 1<sup>er</sup> CC. Va da sé che, qualora si tratti di “*adoption plénière*” nei confronti del figlio del coniuge, quest'ultimo rimanga titolare del legame di filiazione verso il figlio e l'autorità parentale venga esercitata da entrambi i genitori (art. 359 CC). Sul tema dell'estinzione completa del legame di filiazione pre-esistente, in rapporto al diritto di accesso alle origini personali si avrà modo di ritornare nel prosieguo, quando si analizzeranno i casi giurisprudenziali più rilevanti in materia.

Infine, il *Code Civil* francese contempla un'ultima categoria di filiazione, quella dell'adozione *semplice*. Trattasi di un istituto congegnato al fine di rispondere alle esigenze specifiche dell'adozione del figlio del coniuge e, pertanto, è caratterizzata da requisiti meno esigenti ed effetti meno radicali. I soggetti che possono accedere all'“*adoption simple*”, la loro età e l'autorizzazione del coniuge (qualora si tratti di adozione da parte di una persona sola) rispondono agli stessi requisiti previsti per l'“*adoption plénière*”. L'età dell'adottato è invece indifferente, potendo riguardare la procedura anche un maggiorenne. Inoltre l'adottato mantiene il proprio cognome e i propri diritti successori rispetto alla famiglia d'origine (art. 364, al. 1<sup>er</sup> CC), pur acquisendone di nuovi nei confronti della famiglia adottante (art. 368, al. 1<sup>er</sup> CC).

<sup>22</sup> Una tutela particolare è apprestata per i bambini che abbiano meno di 2 anni, per i quali è obbligatorio l'intervento del *service de l'aide sociale à l'enfance* oopure di altro organismo competente e autorizzato per le adozioni, secondo quanto stabilito dall'art. 348-5 CC.

<sup>23</sup> THÉRY I., LEROYER A.-M., *op. cit.*, 2014, p. 147.

Perché offrire una sintetica illustrazione di tale branca del diritto di famiglia francese? Ebbene, in primo luogo per sottolineare come il *Code Civil* non contempli la PMA come tipologia a sé stante di filiazione, benché i manuali di diritto di famiglia, una volta esaurita la trattazione della filiazione “*charnelle*” e dell’adozione, includano l’analisi dei rapporti di parentela che sorgono in seguito alla PMA. Un’ammissione implicita, in un certo senso. Si può dire che la dottrina francese sia grosso modo consapevole della reale natura della PMA e in particolare della IAD, nel momento in cui vengono incluse in un discorso generale relativamente allo stabilimento della filiazione. Ciononostante, l’*incipit* di simili analisi è sempre lo stesso: la PMA è una *terapia*, un intervento sul vivente, sulla sua *organicità* che, sembrerebbe quasi per casualmente, provoca anche delle conseguenze sul piano giuridico in relazione alle famiglie. In secondo luogo tale riferimento al diritto di famiglia è stato operato per cercare di mettere in luce come l’inclinazione del Legislatore francese ad assimilare i modelli a quello della famiglia coniugale abbia coinvolto anche l’adozione, in modo peculiare nella sua forma più antica. Infatti, se da un lato la *Loi du 3 janvier 1972* (che riconosceva la famiglia *naturale*) ha «renforcé l’importance accordée à la relation affective et à la continuité du quotidien partagé»<sup>24</sup>, dall’altro l’“*adoption plénière*” non risponde esclusivamente a tale valorizzazione del legame affettivo. Infatti, questo tipo di adozione è fondato sul medesimo approccio *simulativo* che opera nei confronti della PMA con dono. L’“*adoption plénière*” cancella infatti radicalmente il rapporto con la famiglia d’origine, ponendo il bambino, quando l’adottato sia tale, nella condizione potenziale di non ricordare il proprio vissuto antecedente all’adozione. In altri termini, la famiglia costituitasi a mezzo di un’adozione di tale tipo *simula* di essere una famiglia coniugale *tradizionale*, sviluppata grazie a un comune rapporto sessuale giunto a un concepimento<sup>25</sup>. In conclusione appare chiaro come la filiazione “*charnelle*” vada a costituire nell’ordinamento francese l’archetipo di ogni legame *parent - enfant*, verso il quale il Legislatore, ma non solo, tende a ritornare ineluttabilmente.

<sup>24</sup> THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, p. 183.

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 209.

### 5. I possibili cortocircuiti nelle reti del dono di gameti

I donatori di gameti, a differenza di quanto avviene invece per i donatori di organi, non godono genericamente di una stima incondizionata da parte della società e ciò avviene per un duplice ordine di ragioni: il primo è la prospettiva di genere da cui si osserva il dono (su cui si tornerà nel paragrafo successivo), mentre il secondo riguarda alcuni cortocircuiti verificatisi nei sistemi di dono e di ricezione dei gameti.

Occorre preventivamente contestualizzare simili problematiche: come avviene quindi il dono di spermatozoi? Innanzitutto, a partire dalla riforma delle *lois de bioéthique* del 2011, a poter donare in Francia sono gli uomini in buona salute di età compresa tra i 18 e i 45 anni, a prescindere dal fatto di avere o meno già procreato. Al donatore, presso il centro in cui decida di recarsi, vengono innanzitutto fornite le informazioni relative al percorso che intende intraprendere, come il fatto che i suoi gameti saranno utilizzati nei 2-3 anni successivi e come sia necessario sottoporsi a uno *screening* completo del proprio stato di salute (presenza di infezioni, test sierologici per determinare l'eventuale presenza di epatiti, virus HIV), nonché quello del seme raccolto (una prima raccolta servirà a valutare l'assenza di infezioni e la sua *qualità*, mentre le successive 4 andranno conservate per il dono)<sup>26</sup>. Successivamente, al donatore viene richiesto di compilare e firmare il modulo del consenso<sup>27</sup>. Accordato il consenso, ai donatori può essere proposta la compilazione di un questionario relativo alle *motivazioni* del dono, al fine non solo di comprendere meglio il profilo psicologico del soggetto, ma anche di «mieux

<sup>26</sup> DENEUBOURG J., *Parcours d'un donneur de gamètes*, L'Harmattan, Paris, 2018, p. 24. La raccolta va sempre effettuata dopo 3-5 giorni di astinenza sessuale e dopo 6 mesi dalla raccolta dei campioni sono condotti nuovi test sierologici, come ricorda AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Le don de spermatozoïdes: mode d'emploi, Fiche 4*, Paris, 2012.

<sup>27</sup> In merito a tale documento la testimonianza biografica di Jérôme Deneubourg, pubblicata nell'autunno 2018 e accolta con calore dall'associazione PMAAnonyme, nonché da Irène Théry, ci suggerisce alcuni spunti di riflessione. Il punto 2 del modulo del consenso richiede al donatore di autorizzare i CECOS a conservare per un minimo di 40 anni le informazioni sanitarie raccolte. A tutela degli *enfants du don* che verranno concepiti, il donatore è tenuto poi a informare i CECOS «si une pathologie ayant un caractère héréditaire survenait ultérieurement chez [s]oi ou un de [s]es apparentés» (punto 5); DENEUBOURG J., *op.cit.*, p. 29.



cibler les campagnes de publicité»<sup>28</sup>. L'Agence de la Biomédecine prevede poi alcuni colloqui con l'équipe sanitaria al fine di inquadrare al meglio non solo il profilo fisico della salute del donatore, ma anche quello psicologico. La raccolta del seme avviene infine tramite masturbazione, in salette appositamente allestite con riviste (ma non è escluso possa portarne di proprie), dove il donatore può recarsi anche accompagnato<sup>29</sup>.

Ciò premesso, occorre considerare quindi i casi di donatori *seriali*, vale a dire di quei soggetti spinti dalle più disparate ragioni a donare il proprio seme in più centri pubblici e in più banche del seme private. Si è già sottolineato come tutt'oggi in Francia non esistano dei registri nazionali organicamente integrati rispetto al dono di gameti e quindi come sia potenzialmente possibile che un soggetto divenga donatore *seriale* senza che un efficace controllo possa effettivamente essere posto in pratica. In questo senso al donatore viene richiesto di «déclarer sur l'honneur qu'on n'a pas fait un don dans un autre centre»<sup>30</sup>. Più in generale, una valutazione accurata del numero di persone che hanno donato in Francia dai primi anni '70 non è disponibile e le ultime stime in materia sono già risalenti nel tempo. A titolo esemplificativo, uno studio del 2010 condotto da alcuni professionisti sanitari nel campo della riproduzione umana attestava a 16.971 i donatori di seme tra il 1973 e il 2006<sup>31</sup>. Due anni dopo tale cifra risultava confutata da una relazione di un *rapporteur public* del tribunale amministrativo di Montreuil, che indicava un numero di 9.300 donatori a partire sempre dal 1973, pur non specificando la fonte della propria analisi<sup>32</sup>. Il valore di tali dati ha poco a che spartire con la statistica; se mai, esso testimonia dell'incertezza che aleggia attorno al sistema del dono.

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 28. Il questionario è a risposte chiuse («par bienveillance», «par intérêt propre (exemples: parce que je suis très fécond; pour me rassurer sur ma fertilité; pour conjurer le destin)»; «don sans bienveillance ni intérêt propre (parce que c'est une démarche de don comme un autre)»), salvo che non si sia interessati a compilare la casella «altre ragioni», *ivi* p. 40. L'autore dell'opera sottolinea come durante il colloquio di routine con la psicologa, gli sia stato fornito un articolo sul tema dell'anonimato, nel quale il seme maschile viene considerato un «amas de cellules».

<sup>29</sup> AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Le don de spermatozoïdes: mode d'emploi, Fiche 4*, Paris, 2012.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 19.

<sup>31</sup> HENNEBICQ S., JUILLARD J.-C., LE LANNOU D., *Données descriptives de l'activité d'Assistance médicale à la procréation avec don de spermatozoïdes au sein des CECOS de 1973 à 2006 en France*, in *Andrologie*, 2010, Vol. 20, n°1, p. 310.

<sup>32</sup> *JCP Administrations et collectivités territoriales*, n°28, 16 juillet 2012, 2253, conclusions Irlin Billandon, TA Montreuil, 14 juin 2012.

Audrey Kermalvezen, che avevamo lasciato alcune pagine fa, ritorna con la propria indagine a riassumere alcuni dei casi più eclatanti in questo settore. L'avvocato e attivista ha rintracciato alcune testimonianze di donatori, spinti da ragioni differenti a divenire tali in più di una circostanza. Alcuni si riferiscono all'antico fantasma della più ampia diffusione possibile del proprio seme e dell'unione carnale con più donne: «[p]our moi, c'est nettement faire l'amour avec toutes les femmes de la terre, et avoir des enfants avec toutes les femmes»<sup>33</sup>. Altri casi sono saliti agli onori delle cronache, come il biologo Bertold Wiesner che, nella seconda metà del '900 aveva fondato una clinica della fertilità a Londra presso la quale, a dispetto delle informazioni fornite ai pazienti, egli costituiva l'unico donatore effettivo. Lo scienziato avrebbe contribuito, secondo le stime, alla nascita di circa 600 bambini<sup>34</sup>. In modo analogo aveva agito anche il ginecologo Cecil Bryan Jacobson, giudicato colpevole nel 1962 di frode in ambito sanitario e condannato a 5 anni di reclusione da un tribunale federale statunitense. Il medico aveva partecipato alla nascita di 15 bambini effettivamente rintracciati mediante prova genetica, ma l'accusa riteneva che vi fossero valide ragioni di credere che ne esistessero almeno altri 60 e per questo aveva chiesto inizialmente una pena di 280 anni di reclusione<sup>35</sup>. Un caso ancora più eclatante e decisamente più prossimo in linea temporale è stato quello del dipendente di una banca del seme dello Utah che aveva sostituito i campioni di seme di donatori anonimi con il proprio. L'impiegato, Thomas R. Lippert, aveva da poco terminato di scontare la propria pena per reati di matrice sessuale<sup>36</sup>. In tutti questi casi è significativo prendere atto di come i media abbiano veicolato le notizie non di un *donatore* di seme, ma di individui che hanno “*fathered*” quasi 600 bambini o di un soggetto con precedenti penali che si è rivelato essere il “*real father*” di un bambino concepito con IAD. Una confusione concettuale di grande impatto.

<sup>33</sup> Testimonianza estratta dal testo *Ces enfants possibles*, in COLLECTIF, *Paternités n°1: Types Paroles d'hommes*, Beaumont-Village (37), Adam Biro éditeur, europro-fem.org, janvier 1981.

<sup>34</sup> KELLY T., *British scientist 'fathered 600 children' by donating sperm at his own fertility clinic*, in *DailyMail - MailOnline*, 8<sup>th</sup> April 2012, dailymail.co.uk, visitato il 4 giugno 2018.

<sup>35</sup> N.N., *Doctor Is Found Guilty in Fertility Case*, in *The New York Times Archives*, March 5<sup>th</sup>, 1992, nytimes.com, visitato il 4 giugno 2018.

<sup>36</sup> BOYLE L., *Family's horror after daughter's DNA test reveal a convicted kidnapper swapped dad's sperm with his own... and he may have secretly fathered others*, in *DailyMail - MailOnline*, January 10<sup>th</sup>, 2014, dailymail.co.uk, visitato il 4 giugno 2018.

Simili esempi richiamano alla mente i timori legati alla possibilità che due soggetti del tutto inconsapevoli della propria consanguineità possano un giorno incontrarsi e fondare un nuovo nucleo familiare. Indubbiamente tale fantasma aleggia, per quanto più o meno esplicitamente invocato, nelle argomentazioni a favore della rimozione dell'anonimato del donatore e della donatrice. Tuttavia, a parere di chi scrive, non è nell'identificazione della *persona* autrice del dono che vanno cercati i correttivi a simili disfunzionamenti del sistema. Molto più semplicemente, sembrerebbe opportuno istituire un registro nazionale a mezzo del quale collegare un semplice numero identificativo ai campioni di gameti, così come già da anni operano le principali banche del seme internazionali. Simile mozione non appare del tutto infondata, stante la perfetta capacità dei CECOS di associare un campione al suo donatore<sup>37</sup>. I CECOS detengono infatti le informazioni necessarie allo sviluppo di un sistema su base nazionale in grado di tutelare tutti i soggetti coinvolti nella IAD, senza dover addivenire alla rimozione dell'anonimato e alla costruzione di una relazione tra donatore e nascituro. L'istituzione di un registro nazionale appare quanto meno necessaria anche nell'ottica di rendere effettivo il dettato dell'art L 1244-4 CSP, laddove stabilisce il limite massimo di 10 bambini nati grazie a ciascun donatore. Specie considerato come il donatore debba fornire almeno 4 o 5 campioni, in relazione al tasso di successo medio di ogni ciclo di inseminazione, che ondeggia tra il 10 e il 20%<sup>38</sup>. Ciononostante è bene non dimenticare come l'iniziale limite di 5 bambini, poi aumentato a 10 a causa della penuria di gameti, sia stato posto da Georges David nella pratica clinica e poi assunto a norma giuridica per ragioni ben precise. Infatti, considerato come «[l]a véritable consanguinité se produit en fécondation naturelle, dans les isolats», David si era premurato anche di consultare un genetista delle popolazioni, Albert Jacquard, al fine di procedere a dei calcoli in relazione alle diverse ipotesi di diffusione degli spermatozoi donati. Apparve dunque rilevante il criterio geografico, nel senso che «le risque de consanguinité dépend du nombre de paillettes utilisées mais surtout de la population intéressée. Si l'on créait un Cecos dans une toute petite ville, le risque de consanguinité était beaucoup plus élevé»<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Arthur Kermalvezen illustra nella propria testimonianza come i CECOS non ignorino alcun dettaglio dei soggetti coinvolti in una PMA con dono; KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, p. 51.

<sup>38</sup> CENTRE D'ÉTUDE ET DE CONSERVATION DES ŒUFS ET DU SPERME HUMAINS, *Le don de spermatozoïdes*, cecos.org, visitato il 4 giugno 2018.

<sup>39</sup> CAHEN F., VAN WIJLAND J., *Inventer le don de sperme. Entretiens avec Georges David, fondateur des Cecos*, Éd. Matériologiques, Paris, 2016, pp. 99-100.

In aggiunta a ciò serve chiarire come nell'ultimo ventennio la maggior parte dei gameti impiegati nelle cliniche della fertilità e nei CECOS, così come nelle cliniche private e negli ospedali italiani, provenga da banche del seme internazionali. In questo senso è molto difficile ritenere che la probabilità di consanguineità risulti elevata, residuando esclusivamente le ipotesi di condotta fraudolenta da parte di singoli individui impiegati nel settore. Simile ipotesi, tuttavia, non è connaturata alle pratiche di IAD in quanto tali, ma costituisce un rischio, per quanto remoto, associato non solo a qualsiasi protocollo clinico, ma ben più in generale a qualsiasi relazione sociale. Basti pensare alla negligenza, o anche al dolo, che si verificano nelle sale operatorie e nelle sale parto: un efficace esempio è quello della violenza ostetrica e ginecologica, recentemente riconosciuta dalla *Resolution 2306* della *Parliamentary Assembly* del *Council of Europe* quale fenomeno a lungo ignorato o nascosto, per il quale è necessario approntare sistemi di tutela per le donne durante la gestazione e il parto<sup>40</sup>. La frode, la violenza e la negligenza sono solo alcune delle poliedriche declinazioni del male che connota l'agire umano; un tema non solo smisurato, ma anche non contemplabile come carattere precipuo della IAD. In Francia la tutela delle coppie in questo senso è approntata per mezzo legislativo e, come si è detto, richiederebbe esclusivamente l'istituzione di un registro nazionale per divenire del tutto efficace. Infine, come si avrà avuto modo di notare, la presente parte di trattazione si è concentrata specificatamente sul dono di spermatozoi e ciò è avvenuto in modo assolutamente non casuale.

## 6. La questione di genere connaturata al dono di gameti

Il dono di gameti, dal punto di vista clinico, si differenzia a seconda del sesso di chi dona. Il dono di spermatozoi avviene infatti mediante masturbazione, salvo i rarissimi casi nei quali gli uomini interessati

<sup>40</sup> La *Resolution 2306*, all'art. 3 della versione provvisoria approvata il 3 ottobre 2019, definisce la violenza ostetrica e ginecologica come «form of violence that has long been hidden and is still too often ignored. In the privacy of a medical consultation or childbirth, women are victims of practices that are violent or that can be perceived as such. These include inappropriate or non-consensual acts, such as episiotomies and vaginal palpation carried out without consent, fundal pressure or painful interventions without anaesthetic. Sexist behaviour in the course of medical consultations has also been reported». Per un approfondimento, OSSERVATORIO SULLA VIOLENZA OSTETRICA IN ITALIA, [ovoitalia.wordpress.com](http://ovoitalia.wordpress.com), e l'OBSERVATOIRE VIOLENCE

non vogliano contravvenire a un particolare dogma religioso<sup>41</sup>. Il dono di ovociti richiede invece una preparazione specifica piuttosto gravosa, che consiste in una stimolazione ormonale della durata di 8-12 giorni<sup>42</sup>. La stimolazione può essere condotta anche in ambito domestico con delle punture sottocutanee volte ottenere la maturazione di numerosi ovociti. Prima di procedere in questo senso, alla donatrice sono praticate ulteriori iniezioni atte a mettere a riposo le ovaie prima di sollecitarle per via endocrina. Durante il periodo di stimolazione ovarica sono inoltre prescritte 3 o 4 prelievi di sangue associati a delle ecografie in grado di monitorare il progressivo svolgimento del trattamento. Infine, dopo circa 36 ore dall'ultima iniezione, la donatrice viene ricoverata per una giornata, nel corso della quale, sotto anestesia parziale o totale, il medico curante preposto opera il prelievo degli ovociti per via vaginale. La donatrice viene dimessa rapidamente, a condizione che sia accompagnata<sup>43</sup>. Data la complessità della procedura, le donatrici tendono a scarseggiare e a essere particolarmente protette dall'ordinamento con un atteggiamento di marcato paternalismo: la donatrice va *particolarmente* informata, *specialmente* per quanto concerne l'anonimato (L. 1244-7 al. 2 CSP).

Non solo, perché il dono di ovociti subisce anche gli effetti di un *bias* di genere. Innanzitutto i soggetti coinvolti nella IAD, i professionisti sanitari e alcuni legislatori, tra i quali quello francese, tendono a muoversi dall'assunto per cui la donazione non sia tanto influenzata dalla diversità di procedura (masturbazione/protocollo sanitario), quanto dalla differente attitudine con cui uomini e donne agiscono in ambito di attività riproduttiva<sup>44</sup>. Nello specifico, l'autrice dello studio

OBSTÉTRICALE gemmato dall'associazione femminista argentina Las Casildas, lascasildas.com. Nel 2018 è stato inoltre realizzato il documentario "*Corps Médical*" (progetto di Océane Viala et Luna Darling Légitimus, presentato al termine del terzo anno del corso in *Journalisme Audiovisuel* presso l'*Institut International de l'Image et du Son* (3iS) di Parigi), liberamente accessibile su YouTube, consultato il 10 luglio 2018.

<sup>41</sup> Trattasi, per esempio, del divieto di dispersione del seme imposto ai fedeli di religione ebraica, per i quali è possibile disporre un prelievo dei gameti direttamente dal testicolo.

<sup>42</sup> Nel 2013 l'ESHRE ha stimato che in Europa, si siano verificati 39mila cicli di PMA con dono di ovociti. ESHRE, *Egg Donation, Fact sheet*, January 2017.

<sup>43</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Donation of oocytes. A guide for women to support informed decision*, 2018; AGENCE DE LA BIOMÉDICINE, *Don d'ovocytes. Devenez donneuse de bonheur*, dondovocytes.fr, consultato il 4 giugno 2018.

<sup>44</sup> HAIMES E., *Issues of Gender in Gamete Donation*, in *Soc. Sci. Med.*, 1993, Vol. 36, No. 1, p. 86.

di riferimento si era occupata di valutare i lavori preparatori del *Warnock Committee*, conclusisi nella stesura del *Warnock Report* <sup>45</sup>. Quest'ultimo ha gettato le fondamenta per il sistema bioetico britannico in materia di PMA rimasto in vigore fino ai primi anni 2000, quando sono intervenute le riforme abolitive dell'anonimato dei donatori. Nell'analisi dei lavori preparatori era quindi emerso come l'anonimato costituisse un criterio essenziale, pur operando in modo distinto a seconda che a costituirne l'oggetto fossero spermatozoi od ovociti. Nel *Report*, infatti, la figura del donatore è associata al concetto di *invasività*, all'idea che il *terzo*, in quanto uomo, possa giocare un ruolo di perturbazione dell'equilibrio familiare se non tenuto a distanza mediante l'impossibile identificazione. Differentemente «the association between lack of anonymity and invasiveness which is made in the case of semen donation is absent in the case of egg donation. Instead of "invasion" of a third party, there is a "sister or close friend" who would be given "careful counselling"». It is also interesting to note that though the Committee mentioned the difficulty of recruiting semen donors the possible solution of using siblings was not proposed» <sup>46</sup>. Quindi *invasività* da un lato e *integrazione* dall'altro come canoni di lettura contrapposti nel dono di gameti.

A seguire l'autrice dello studio mette in luce il pregiudizio diffuso, per quanto spesso implicito, per cui al dono di spermatozoi debba corrispondere una dubbia morale sessuale. Idea che può trovare conferma in quegli eclatanti casi ricordati, seppure il livello empirico non possa certo costituire una valida descrizione, o critica, dello *standard* del donatore. In ogni caso dai documenti preparatori del *Warnock Report* emergerebbe come i donatori di sesso maschile provino a mascherare dietro un ideale di altruismo la propria capacità di propagare la propria discendenza, rafforzando così la stima della propria virilità <sup>47</sup>. Infatti nel *Report* «male concerns in reproduction were presumed to revolve around ideas of virility, genetic continuity and generally being assertive and in control. Female concerns were presumed to revolve around the need to become a mother which led to a form of pathological assertiveness when otherwise the woman's role was characterized by passivity» <sup>48</sup>. Per esempio la moglie del donatore assume dei connotati del tutto passivi e rispetto alle donatrici il timore dei relatori è costantemente reiterato: la donna è facile vittima di abusi e,

<sup>45</sup> Documento alla base dello *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, che ha istituito la *Human Fertilisation and Embryology Authority* nel Regno Unito.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ivi*, p. 87.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

in quanto tale, richiede una protezione preventiva da parte di chi sa meglio di lei quali siano le giuste garanzie. Il donatore nutre e matura la propria volizione di divenire tale in un coacervo di immagini frammentate di sessualità promiscua (masturbazione, illegittimità della filiazione) e affermazione del sé come *maschio* (ampia propagazione del seme). La donna, dal canto suo, dona con una procedura complessa che scardina radicalmente la riproduzione dalla sessualità, potendo confinare la prima in un «clinical setting [that] is essentially asexual»<sup>49</sup>. A confermare simile idea è anche la psicanalista Delaisi de Parseval, secondo cui «la procédure de FIV avec don d'ovocytes consiste en une transaction entre deux femmes, sans qu'il y ait de connotation sexuelle [...]. C'est un don déssexualisé de femme à femme [...]. Dans le don de sperme, en revanche, il y a une transaction clairement liée à la sexualité entre un homme et une femme»<sup>50</sup>. Benché lo studio sul *Warnock Report* sia risalente nel tempo e relativo al modello bioetico britannico, non si può non evidenziare la coerenza tra quanto *ivi* sostenuto e alcune delle testimonianze degli *enfants IAD*, sia dall'analisi della legislazione francese. La donna necessita di una protezione preventiva, in qualità di vittima per eccellenza, di oggetto di abusi; ad approntare tale protezione è dunque il Legislatore, che in ottica paternalistica si accerta di lasciare il margine di scelta maggiore alla donna, nei limiti che la sua condizione di soggetto *passivo* le consentono.

Come corollario si può poi considerare uno studio molto più recente, in cui emerge quanto sia radicata l'attività di *gendering* rispetto ai gameti, vale a dire di attribuzione di determinate caratteristiche socio-culturali a questo materiale biologico. Sinteticamente, le coppie in cerca di donatori e donatrici, nella fase di selezione, tendono a conferire maggiore importanza ai canoni di bellezza per quel che concerne gli ovociti, mentre di intelligenza e successo personale per quel che riguarda gli spermatozoi. Ancora, quando si chiede alla coppia di immaginare i figli dei donatori, questi assumono tratti caratteriali volitivi e socialmente espansivi, come il senso dell'umorismo. Diversamente i figli delle donatrici sono immaginati generosi, e propensi alla cura del prossimo. In aggiunta a ciò le donne che hanno beneficiato di un dono di ovociti tendono a leggerlo come un atto di benevolenza e generosità *tout-court*, conferendo un minimo peso alla *persona* della donatrice. Al contrario, gli uomini percepiscono l'intervento di un altro uomo come *minaccia* alla propria virilità nonché alla propria paternità, lasciando quindi spazio a un senso di rivalità<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> *Ivi*, p. 91.

<sup>50</sup> DELAISI DE PARSEVAL G., *Famille à tout prix*, Éd. du Seuil, Paris, 2008, p. 179.

<sup>51</sup> Lo studio *ivi* riportato succintamente meriterebbe un approfondimento, non

Tali asserzioni non costituiscono certamente una novità rispetto agli studi di genere, integrando perfettamente alcuni degli stereotipi legati al rapporto tra genere e socializzazione. In particolare richiamano alla mente un'opera primigenia nel campo delle teorie psicologiche dello sviluppo cognitivo: *"In a Different Voice"*, della psicologa femminista Carol Gilligan. Secondo quest'ultima, il modello sociale, comportamentale e lessicale al quale sono sottoposti gli individui in tenera età contribuisce in modo ragguardevole al loro sviluppo psicologico. In questo senso, le bambine sono portate ad assumere un'etica della cura, in seno alla quale il bene coincide con la cura dell'*altro*, fondato quindi in un rapporto di interdipendenza. La bambina apprende sin dalla più tenera età a *prendersi cura* degli altri, integrando simile comportamento nel proprio scheletro morale e non riuscendo più a scindere un senso di moralità *positiva* dal gesto di *donare* parte di sé, del proprio tempo e delle proprie energie. La percezione del sé diviene anche metro di giudizio in virtù del quale potersi legittimare come membro della società: «[h]ere the conventional feminine voice emerges with great clarity, defining the self and proclaiming its worth on the basis of the ability to care for and protect others»<sup>52</sup>. Inoltre, stante ancora oggi il preminente ruolo della donna nella cura della prole, è palese come lo sviluppo cognitivo degli individui nell'età infantile sia condizionato da una forte presenza femminile. In questo senso le bambine tendono a identificarsi con il genitore dello stesso sesso e a sperimentare, quindi, un legame di *integrazione*, di similitudine e imitazione molto forte come relazione principale della prima infanzia. Al contrario, i bambini si identificano con la figura paterna, sperando pertanto sensazioni di *separazione*, contrapposizione e allontanamento rispetto alla madre. Perciò si verifica un fenomeno di definizione della mascolinità attraverso il concetto di *separazione* e della femminilità a mezzo della nozione di *integrazione*<sup>53</sup>. Così «[g]irls emerge from this period with a basis for 'empathy' built into their primary definition of self in a way that boys do not [...] [and] with a stronger basis for experiencing another's need or feelings as one's own (or of thinking that one is so expe-

possibile in questa sede, specialmente considerato il cospicuo numero di dati sottoposti a comparazione e la sua recente pubblicazione. HERTZ R., NELSON M. K., KRAMER W., *Gendering gametes: The unequal contributions of sperm and egg donors*, in *Social Science & Medicine*, 2015, 147, pp. 10-19.

<sup>52</sup> GILLIGAN C., *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 6<sup>th</sup> printing, 1983, p. 79.

<sup>53</sup> *Ivi*, pp. 4-8 con riferimento agli studi di STOLLER R.J., *A Contribution to the Study of Gender Identity*, in *International Journal of Psycho-Analysis*, 1964, 45, pp. 220-226.



riencing another's needs and feelings)»<sup>54</sup>. La rilevanza dell'educazione nella prima fase della vita in tal senso è stata messa in luce da tutto il filone successivo degli studi di genere legati al concetto di *ruolo* sociale apposto a un determinato sesso biologico, centrale nello sviluppo delle “*gender clinics*” statunitensi<sup>55</sup>.

Pertanto non appare straniante aver evidenziato come anche le coppie in cerca di un donatore o una donatrice tendano ad applicare alla scelta stessa quei canoni, spesso inconsci, dei quali è pervasa la vita sociale di ciascuno di noi. La donatrice è senz'altro una donna *generosa*, disposta a donare parte di sé per il *bene altrui*, in virtù di una forza morale iscritta nel solco del sacrificio per gli altri. Il donatore, invece, rischia di fragilizzare il progetto familiare, di *separare* la coppia e i nascituri da essa. L'operazione di *gendering* dei gameti integra in sé la più occidentale e moderna delle impostazioni, vale a dire come l'essere umano sia un soggetto chiuso su se stesso, un agglomerato di tratti caratteristici componenti un'*identità*, che si relaziona all'altro in forza di quei tratti. Per esempio, la donna in quanto tale, ossia in quanto portatrice di un apparato riproduttivo femminile, racchiudere in sé un *set* di caratteristiche che la spingono ad agire *naturalmente* in un certo modo: generosità, propensione alla cura, tendenza al *dono*. Simile impostazione, non certo condivisa da parte di chi scrive, è stata significativamente contestata in un'opera chiave dell'antropologia di genere, che ha dimostrato come simili tratti della personalità siano in realtà modi di relazione all'altro, più che *cause* dei modi stessi<sup>56</sup>. La costruzione sociale alla base di simili argomentazioni è evidente e rende indiscutibilmente interessante un profilo in particolare. La PMA con dono di gameti convoca nel laboratorio del pensiero innumerevoli quesiti di ordine morale, come si è avuto modo di indicare. Nel farlo, e qui emerge il tratto più stimolante, erige una babilonia di argomentazioni nelle quali *natura* e *cultura* si frammischiano senza sosta e, di frequente, senza troppa coerenza. La PMA è una tecnica *artificiale* in cui l'uomo e la sua tecnica si sostituiscono alla *biologia* della riproduzione. Successivamente, con l'intervento di un donatore,

<sup>54</sup> CHODOROW N., *Family Structure and Feminine Personality*, in ROSALDO M.Z., LAMPHIER L. (eds), *Woman, Culture and Society*, Stanford University Press, Stanford, 1974, p. 167.

<sup>55</sup> Basti pensare a GIANINI BELOTTI E., *Dalla parte delle bambine. L'influenza dei condizionamenti sociali nella formazione del ruolo femminile nei primi anni di vita*, Feltrinelli, Milano, 1ª ed., 1973 e FALCONNET G., LEFAUCHEUR N., *La fabrication des mâles*, Éditions du Seuil, Paris, 1975.

<sup>56</sup> STRATHERN M., *The Gender of the Gift*, University of California, Berkeley, 1988.

si sente la necessità di rivendicare le origini *genetiche* a discapito dei legami *affettivi* sui quali si è fondata la famiglia. Tuttavia, prima che ciò accedesse, la coppia si è orientata nella scelta dei gameti, componenti schiettamente *biologiche*, utilizzando canoni di pensiero che hanno reso *sociali* i gameti, assegnando mentalmente loro connotati tipici di individui già formati.

## 7. Il Social egg freezing tra prevenzione e derive commerciali

Proseguendo nella disamina di come le differenze di genere insistano sulla PMA, appare utile riflettere su una pratica oggetto della riforma delle *lois de bioéthique* in corso: il *Social Egg Freezing* (SEF) o *autoconservation ovocytaire*, vale a dire di quella specifica pratica di crioconservazione dei gameti femminili che costituisce una prevenzione per l'infertilità legata all'età della donna. Anzi, parte della letteratura medica vi si riferisce come vera e propria "*fertility insurance*". In sede preliminare è bene ricordare come la crioconservazione degli ovociti fosse stata concepita inizialmente come trattamento di preservazione della fertilità nei casi di *Premature ovarian insufficiency* (POI), per esempio per le pazienti affette da gravi forme di endometriosi<sup>57</sup>, e solo in un secondo momento abbia assunto dei connotati sociali più che terapeutici<sup>58</sup>. Il primo successo, ossia la prima nascita di un bambino sano a seguito della crioconservazione ovocitaria, è stato riportato nel 1986<sup>59</sup>, ma solo nel 2012 l'*American Society of Reproductive Medicine* (ASRM) ha dichiarato completato la fase sperimentale del c.d. *flash freezing*, grazie al quale il successo del procedimento di congelamento-scongelo degli ovociti è salito al 97%<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> BARNETT R., BANKS N., DECHERNEY A.H., *Endometriosis and fertility preservation*, in *Clin. Obstet. Gynecol.*, 2017, 60, pp. 517-523.

<sup>58</sup> PENNING G., *Ethical aspects of social freezing*, in *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, 2013, 41, 9, pp. 521-523.

<sup>59</sup> CHEN C., *Pregnancy after human oocyte cryopreservation*, in *Lancet*, 1986, 1(8486), pp. 884-886.

<sup>60</sup> PETROPANAGOS A., CATTAPAN A., BAYLIS F., *Social egg freezing: risk, benefits and other considerations*, in *CMAJ*, 2015, 187(9), pp. 666-669. In precedenza, infatti, l'elevata quantità di acqua contenuta nella cellula uovo umana andava spesso incontro a un processo di cristallizzazione capace di distruggere la cellula nella sua integrità. Il *flash freezing*, detto anche *vitrificazione* (immersione degli ovociti per qualche secondo nell'azoto liquido a -196° C) ha ovviato a simile ostacolo.

Negli ultimi quarant'anni l'emancipazione, l'indipendenza economica e l'alta qualificazione professionale hanno permesso alla donna di accedere a uno spazio prima integralmente riservato al maschile. Dopo la rivoluzione contraccettiva, la fertilità femminile torna così al centro del dibattito non certo a causa dell'involontarietà della *gravidanza*, bensì della "*involuntary childlessness*". La saliente differenza, in termini quantitativi, tra gameti maschili e femminili costituisce fatto noto: mentre i primi non cessano di essere prodotti con l'incedere dell'età, fatte salve le patologie già menzionate, i secondi costituiscono una *riserva* determinata sin dalla nascita, che si esaurisce dopo circa 30-40 anni dall'inizio dell'età fertile. In termini estremamente semplici si può dunque constatare come la vita *riproduttiva* di una donna possa conciliarsi difficilmente con i parametri socio-economici contemporanei e, conseguentemente, come il SEF costituisca una possibile risposta al declino quantitativo e qualitativo degli ovociti<sup>61</sup>. Invero, le società occidentali negli ultimi due decenni hanno visto crescere la tendenza a ritardare la maternità, principiando a intendere il SEF come metodo per sospendere l'incedere di quello che viene mediaticamente chiamato "orologio biologico". A esercitare una forte pressione sociale per la scelta di accedere al SEF sono numerosi fattori, tra i quali spiccano l'assenza di un partner stabile<sup>62</sup>, un elevato livello di istruzione a monte della priorità accordata alla carriera e l'attesa di condizioni economiche più solide<sup>63</sup>. Perciò i sostenitori della SEF, detta anche *Elective oocyte cryopreservation* (EOC), «conceptualize the technology as bridging the gap between social opportunities outpacing biological realities»<sup>64</sup>.

Da questo punto di vista l'opzione migliore sul piano clinico sarebbe la crioconservazione degli ovociti prima dei 34 anni, quando, in realtà, moltissime donne non si sentono ancora sollecitate dal problema. In ottica di salute della futura madre, i tassi di morbilità e mortalità risultano analoghi a quelli connessi a una gra-

<sup>61</sup> JONES B. P., SASO S., MANIA A. *et al.*, *The dawn of a new ice age: social egg freezing*, in *Nordic Federation of Societies of Obstetrics and Gynecology, Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica*, 2018, 97, pp. 641-642.

<sup>62</sup> HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY, *Fertility treatment in 2014-2016. Trends and figures*, March 2016, [hfea.gov.uk](http://hfea.gov.uk), consultato il 15 giugno 2018.

<sup>63</sup> SCHMIDT L., SOBOTKA T., BENTZEN J.G *et al.*, *ESHRE Reproduction and Society Task Force. Demographic and medical consequences of the postponement of parenthood*, 2012, 18, pp. 29-43.

<sup>64</sup> GREENWOOD E.A., PASCH L.A., HASTIE J. *et al.*, *To freeze or not to freeze: decision regret and satisfaction following elective oocyte cryopreservation*, in *Fertility and Sterility*, 2018, 109(6), pp. 1097-1104.

vidanza *fisiologica*<sup>65</sup>, benché la stimolazione ormonale propedeutica al prelievo degli ovociti possa comportare l'insorgenza della sindrome da iperstimolazione ovarica (*Ovarian hyperstimulation syndrome*, OHSS). Inoltre, un particolare tipo di SEF è il c.d. *egg sharing*, in cui una donna decide di condividere le proprie cellule riproduttive con una coppia in percorso di PMA con dono. Di fatto, la donna diviene donatrice di una parte degli ovociti ottenuti con stimolazione ormonale, il costo della quale è sostenuto dalla coppia ricevente. L'ulteriore parte è invece crioconservata per una futura gravidanza della donna stessa<sup>66</sup>. L'*egg sharing* può anche essere realizzato da una donna che abbia intrapreso un trattamento di PMA senza dono, vale a dire senza ricevere i gameti, ma donandoli. In altri termini, in alcuni ordinamenti una coppia che non abbia necessità di ricorrere a un dono di ovociti può decidere di donare i propri, non utilizzati per ottenere una gravidanza, a un'ulteriore coppia<sup>67</sup>. Il tutto fatte salve le relative norme sull'anonimato.

Per quanto attiene all'Italia, il Legislatore non ha mai sentito la necessità di pronunciarsi, facendo salva questa branca della salute riproduttiva dall' incisivo intervento della legge 40 del 2004. In tal modo, l'Italia è divenuta una meta per le donne straniere che desiderino crioconservare i propri ovociti<sup>68</sup>. In Francia, attualmente, il SEF non è permesso, mentre è consentita la crioconservazione motivata da una precisa condizione patologica e orientata alla «*préservation et de la restauration de [l]a fertilité*» (art. L. 2141-11 CSP). Dal 2011, tuttavia, una seconda opzione è data alle donne interessate a quella che in francese è chiamata “*autoconservation ovocytaire*”: si tratta dei casi

<sup>65</sup> La proporzione aumenta invece se si considerano *range* di età precisi: il rapporto del tasso di mortalità tra donne di 40 anni e quelle comprese tra i 20-24 è di 3 a 1, come evidenzia un recente studio britannico: KNIGHT M., NAIR M., TUFFNELL D., *on behalf of MBRACE-UK* (eds), *Saving lives, improving mothers' care - surveillance of maternal deaths in the UK 2012-14 and lessons learned to inform maternity care from the UK and Ireland, Confidential Enquiries into Maternal Deaths and Morbidity 2009-14*, University of Oxford, Oxford, 2016.

<sup>66</sup> GURTIN Z., *Egg sharing: psychological and ethical considerations*, in *Egg donation: medical, psychological and ethical considerations*, ESHRE Campus course, Barcelona, 26-27 January 2018.

<sup>67</sup> PENNING G., RAVEL C., GIRARD J.-M., *Attitude towards reciprocity as a motive for oocyte donation*, in *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, 2018, 225, p. 194.

<sup>68</sup> Le donne francesi tendono infatti a recarsi in Italia, Spagna, Gran Bretagna, Belgio e Repubblica Ceca. Cfr. ACADEMIE NATIONALE DE MÉDECINE, *Rapport 17-04, La conservation des ovocytes*, 13 juin 2017, p. 551.

nei quali una donna senza figli decida di divenire donatrice di ovociti e ottenga, in cambio del dono, la conservazione per sé di alcuni di essi. Tale possibilità è divenuta realtà soltanto nel 2017, a causa dei ritardi nella pubblicazione dei relativi testi di applicazione della legge di bioetica del 2011<sup>69</sup>. Oltre ai ritardi, un ulteriore ostacolo è costituito dall'esiguo numero dei centri autorizzati alla crioconservazione degli ovociti: 47, dei quali soltanto 39 attivi nel 2015<sup>70</sup>. Ciononostante, i costi della procedura sono interamente presi in carico dall'*Assurance Maladie* sia quando si ponga in essere per ragioni terapeutiche, sia qualora si verifichi in cambio del dono. In questo secondo caso, alla donna vanno fornite alcune specifiche informazioni: i tassi di successo della PMA a partire da ovociti crioconservati, il fatto che almeno la metà degli ovociti maturi ottenuti attraverso la stimolazione andranno donati e, infine, come possa verificarsi l'impossibilità di conservare a suo beneficio degli ovociti quando la quantità ottenuta non sia sufficiente, vale a dire quando non superino i 5<sup>71</sup>. In Gran Bretagna, invece, il SEF è consentito per un periodo di dieci anni, prorogabili qualora si verifichi una situazione di infertilità precoce della donna<sup>72</sup>, ma non qualora si verifichi un fisiologico calo della fertilità legato all'avanzare dell'età. Significativamente, tuttavia, una donna che abbia optato per la crioconservazione dei propri gameti e oltre i dieci anni di tempo si trovi a vederli *distrutti* per scadenza del termine potrà comunque accedere a una PMA con dono, richiedendo quindi i gameti di una donatrice<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Trattasi del *decret n° 2015-1281* del 13 ottobre 2015, nonché nell'*arrêté du Ministère des Affaires Sociales, de la Santé et des Droits des Femmes* del 24 dicembre 2015. Secondo l'*Agence de la Biomédecine*, nel 2016 in Francia ci 6473 individui, di ambi i sessi, hanno fruito di un programma di preservazione della fertilità; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport Annuel - 2017*, Paris, 2018, p. 65.

<sup>70</sup> ACADEMIE NATIONALE DE MÉDECINE, *Rapport 17-04*, p. 554. Nel marzo 2015, presso la clinica Eugénie de Barcellona, si è svolto il simposio internazionale *Time-freeze* durante il quale è emerso come la richiesta di crioconservazione degli ovociti per ragioni non terapeutiche fosse aumentata del 60 % e l'età delle donne richiedenti fosse in media di 38-39 anni. Di questo 60%, il 92% composto da donne non in coppia, il 96% da donne con un alto grado di istruzione, il 20% da donne medici e il 56% da donne francesi. Si vd. ACADEMIE NATIONALE DE MÉDECINE, *Rapport 17-04*, p. 556.

<sup>71</sup> Se a maturare sono da 6 a 10 ovociti, almeno 5 vanno donati, mentre se maturano più di 10 ovociti si applica la regola generale per cui metà saranno destinati alla conservazione; si vd. *Arrêté du Ministère des Affaires Sociales, de la Santé et des Droits des Femmes* del 24 dicembre 2015.

<sup>72</sup> HUMAN FERTILISATION AND EMBRIOLOGY AUTHORITY, *Statutory storage period for gametes and embryos*, 2009, regulation a(3)(b).

<sup>73</sup> JONES B. P., SASO S., MANIA A. *et al.*, *op. cit.*, p. 644.

Il principale problema morale che si pone rispetto al SEF è dunque il seguente: tale pratica potenzia realmente l'autonomia femminile oppure corre il rischio di limitarla, di divenire quindi controproduttiva? Infatti, se per alcuni il «Social egg freezing empowers women and allows greater reproductive autonomy. By allowing women to extend their reproductive potential into their forties, when men traditionally remain fertile, it helps facilitate gender reproductive equality»<sup>74</sup>, per altri invece il diffondersi del protocollo «stress the risk that women may be urged to use this technique to adjust their fertility to conform social constraints, such as the male-oriented labour market»<sup>75</sup>. Simile dibattito assume sovente i toni normativi, focalizzandosi quindi sulla possibilità di proibire o meno la pratica, ma lasciando indietro l'analisi dell'accettabilità morale della stessa. I sostenitori del SEF tendono ad assumere l'approccio bioetico più radicale dei nostri giorni, fondato sull'interpretazione dell'essere umano come individuo totalmente libero, vale a dire integralmente scevro da condizionamenti sociali o culturali<sup>76</sup>. Tuttavia una descrizione della realtà più pertinente deve tenere conto di almeno due dati essenziali: il pericolo che il SEF conduca alla realizzazione di un «*perpetual postponement*» e la moralità dell'impiego della tecnica come *benefit* aziendale.

Il primo profilo richiede il prendere in considerazione come un rinvio *sine die* della maternità, quando questa sia voluta, possa facilmente coincidere con una definitiva rinuncia alla stessa. Infatti, i dati più recenti rivelano come la possibilità che da un ovocita crioconservato si possa ottenere una gravidanza che si concluda con la nascita di prole sana si attesta tra il 2 % e il 12%<sup>77</sup>. A contribuire al consolidarsi di una percezione di senso opposto è il *marketing* della preservazione della fertilità, che si concentra «su pochissime storie a lieto fine (anche se futuribile e del tutto eventuale) tralasciando quello che sta intorno,

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> BOZZARO C., *Is egg freezing a good response to socioeconomic and cultural factors that lead women to postpone motherhood?*, in *Reproductive Biomedicine Online*, 2018, 36, p. 595. Le conclusioni dell'autrice si basano su una cospicua letteratura scientifica, in cui ritroviamo BÜHLER N., *Imaging the future of motherhood: the medically assisted extension of fertility and the production of genealogical continuity*, in *Sociologus*, 2015, 65, pp. 79-100; SHKEDI-RAFID S., HASHILONI-DOLEV Y., *Egg freezing for age-related fertility decline: preventive medicine or a further medicalization of reproduction? Analyzing the new Israeli policy*, in *Fertility and Sterility*, 2011, 96, pp. 291-294.

<sup>76</sup> BOZZARO C., *op.cit.*, p. 595.

<sup>77</sup> SAUMET J., PETROPANAGOS A., BUZAGLO K. et al., *No. 356-Egg Freezing for Age-Related Fertility Decline*, in *Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada*, 2018, Vol. 40, Issue 3, pp. 356-368.

cioè che l'industria della riproduzione assistita ha ormai trasformato le donne in cavia da laboratorio»<sup>78</sup>. In questo senso è manifesto il rischio che alla proposta di una tecnica medica in grado di sospendere per poi *ri-avviare* il ciclo riproduttivo femminile corrisponda un affidamento tanto legittimo, quanto fragile.

Il secondo profilo attiene al fenomeno, affermato negli Stati Uniti e al debutto in Inghilterra, di inserimento del SEF tra i *benefit* aziendali destinati alle dipendenti di alcune multinazionali, tra le quali spiccano Apple e Facebook. Queste ultime, dalla fine del 2014, offrono a ciascuna dipendente un *forfait* volto a coprire parzialmente i costi della conservazione degli ovociti<sup>79</sup>, ma non i costi per lo *scongela-mento* e l'impianto degli stessi<sup>80</sup>. L'offerta appare allettante: «freeze your eggs while you (and they) are young and healthy, work your way up in the company, and then have the eggs fertilized and implanted when you are financially stable and ready to start a family»<sup>81</sup>. Ciononostante, come si è rimarcato, i tassi di successo della pratica appaiono assai più modesti di quanto non si creda e il rischio che un gran numero di gameti conservati in azoto rimanga quindi inutilizzato è concreto. Per tale ragione «si può ragionevolmente ipotizzare che, in una decina d'anni, nei frigoriferi si sarà accumulato un numero di ovuli inutilizzati sufficienti a bypassare il problema delle donatrici che, invece, vanno retribuite/compensate. In pratica le donne pagheranno due volte: alcune una prima volta per portare spontaneamente "all'ammasso" i propri ovuli che, una volta dimenticati, verranno rivenduti (seconda volta) ad altre donne che, invece, una gravidanza cercano di ottenerla»<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> BRAMBILLA G., FAGGIOLI F., *Uova d'oro. L'eugenetica, il grande affare della salute riproduttiva e la nuova bioschiavitù femminile*, Editori Riuniti University Press, Roma, 2016, p. 127.

<sup>79</sup> Il *forfait* è indicativamente di \$ 20,000, a dispetto dei \$ 7,500-10,000 richiesti per un solo ciclo di congelamento, al quale devono sommarsi \$ 500-1,000 per lo stoccaggio annuale in azoto liquido, \$ 2,000-7,000 per medicinali e circa \$ 12,000 per il processo di impianto. JOHNSTON J., ZOLL M., *Is Freezing Your Eggs Dangerous? A Primer*, in *The New Republic*, 1<sup>st</sup> Nov. 2014, newrepublic.com, consultato il 17 giugno 2018.

<sup>80</sup> Per incentivare le dipendenti ad accedere al servizio, le multinazionali sponsorizzano eventi conviviali nel corso dei quali esperti di varia natura illustrano le differenti opzioni disponibili, senza tralasciare il profilo dei finanziamenti *ad hoc*. BRAMBILLA G., FAGGIOLI F., *op. cit.*, pp. 128-129.

<sup>81</sup> NICOLETTE A.L., *Empty Benefits: Employer-Sponsored Oocyte Cryopreservation and Potential for Employment Discrimination*, in *Hastings Women's L.J.*, 2016, 341, p. 341.

<sup>82</sup> BRAMBILLA G., FAGGIOLI F., *op. cit.*, pp. 129-130.

Rinvio *sine die* della maternità desiderata e interessi economici consistenti da parte di multinazionali e aziende di conservazione dei gameti si intrecciano a formare una trama fitta di fattori evidentemente in grado di condizionare una scelta potenzialmente libera. Indubbiamente il SEF costituisce un retaggio, declinato in chiave contemporanea, della seconda *vague* femminista<sup>83</sup>, volta a contestare il determinismo biologico fondato sulla differenza di sesso e i rapporti di potere da esso derivanti<sup>84</sup>. Tuttavia, la rivendicazione femminista secondo cui le donne “*can have it all*” si scontra evidentemente con un dato biologico ineluttabile, di differenza innegabile rispetto all'uomo quando si abbia riguardo alla durata della vita fertile. Con ciò non si intende certo sostenere il pensiero secondo cui a una differenza *biologica* debbano corrispondere delle strutture sociali *gerarchizzate* in funzione della differenza medesima. Ciononostante sorgono alcune perplessità rispetto all'ipotesi di intendere la medicalizzazione estrema della maternità come risposta a strutture socio-economiche istituite e calibrate a misura d'uomo. In questo senso, prima di rendere il SEF un protocollo medico di routine, scenario comunque abbastanza distante, occorrerebbe piuttosto dedicare delle riflessioni di natura politica ed economica al mercato del lavoro e, prima ancora, al rapporto tra istruzione superiore e impiego lavorativo. Proposta complessa, specie se tenuta in considerazione l'opposizione esercitata dal c.d. *cyber-femminismo*, per il quale la differenza riproduttiva, in termini di durata del lasso di tempo fertile di una vita, costituisce una disuguaglianza da eliminare, un'*ingiustizia* contro cui battersi<sup>85</sup>.

Da parte di chi scrive, una simile impostazione non può che essere respinta e, al contempo, appare invece condivisibile ritenere come «[a]s human nature is contingent and finite, we are not able to realize everything we can imagine and desire and consume everything that is marketed to us. Of course, finitude can be experienced as painful as it limits our claims to self-fulfilment and to make a choice means always to exclude other possibilities. At the same time, however, the awareness of our finitude can be seen as a great opportunity in so far as it forces one to think on what is most important and valuable in one's own life and to make conscious and well considered choices»<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> NICOLETTE A.L., *op. cit.*, p. 341.

<sup>84</sup> BERENI L., CHAUVIN S., JAUNAIT A. *et al.*, *Introduction aux études sur le genre*, De Boeck Supérieur, Louvain-la-Neuve, 2<sup>e</sup> éd. revue et augmentée, 2016, p.10.

<sup>85</sup> ESCUDERO A., *La riproduzione artificiale dell'umano*, Ortica editrice, Aprilia, 2016, p. 168.

<sup>86</sup> BOZZARO C., *op.cit.*, p. 601.



Per tali ragioni negare l'evidenza della differenza biologica appare tanto assurdo quanto volerne trarre conseguenze sul piano delle relazioni sociali. È dunque bene riflettere sull'equivocità che caratterizza il SEF. Quest'ultimo viene proposto come soluzione, apparentemente semplice, ma realmente invasiva, per annientare con la tecnica medica una differenza biologica di per sé *ineliminabile*. Perché ciò si verifica? Perché nel mondo lavorativo le disuguaglianze *sociali* tra uomini e donne non sono state risolte, perché invero dalla differenza *biologica* sono dunque state tratte conseguenze *sociali*. Invece di risolvere queste ultime, di per loro *regolabili* se non del tutto *eliminabili*, si è preferito rivolgersi a trovare dei metodi per *controllare* un dato incontrovertibile, per cercare quindi di sospendere e riavviare un meccanismo *naturale* legato all'inesorabile trascorrere del tempo. Una tecnica non condannabile, secondo chi scrive, *ex abrupto*, ma sulle cui cause sembrerebbe opportuno ragionare, prima ancora di soffermarsi sulla sua praticabilità e possibilità di diffusione. Una tecnica, inoltre, al centro del dibattito per la revisione della legge della bioetica in Francia.

8. *Il diritto di accesso alle origini per gli enfants du don nella giurisprudenza della ECtHR*

Conclusa la disamina delle tematiche essenziali connesse alla PMA con dono, occorre infine comprendere come tale pratica sia stata collocata nel quadro della giurisprudenza europea prima e francese poi. In entrambi gli ordinamenti a rilevare è stato innegabilmente il diritto all'accesso alle proprie origini, benché presso la *European Court of Human Rights* (ECtHR) il tema sia stato trattato finora in ambiti diversi dalla PMA. Per il 2018, tuttavia, era attesa la decisione sul caso di Audrey Kermalvezen, *affaire* che potrebbe inaugurare un nuovo significato per il concetto di *origini*. Nell'attesa della pronuncia della Corte di Strasburgo, appare proficuo svolgere un rapido esame dello stato dell'arte in materia.

Il primo caso saliente è *Mikuli? v. Croatia*, relativo a un bambino nato fuori dal vincolo matrimoniale, che, insieme alla madre, aveva dato corso a un'azione di ricerca della paternità. I ricorrenti lamentavano la carenza della normativa nazionale, la quale impediva la determinazione dell'identità personale laddove non costringeva l'uomo raggiunto indicato come padre a sottoporsi alla prova genetica. L'ECtHR vi ha ravvisato una violazione dell'art. 8 in quanto,

nello stabilire la sussistenza diritto a veder stabilito un rapporto di filiazione, alle Corti è richiesto di tenere in debita considerazione i *best interests* del bambino. Inoltre, l'incertezza rispetto alla definizione dell'*identità* del bambino era stata aggravata dall'inefficienza processuale intesa in termini di tempo, per cui l'ECtHR aveva ritenuto che fossero stati violati anche gli art. 6 § 1 (diritto a un equo processo in tempi ragionevoli) e art. 13 (diritto a un rimedio effettivo). Nel caso *Konstantinidis v. Greece*, analogo in punto di fatto a *Mikuli? v. Croatia*, la Corte di Strasburgo ha poi sottolineato come vi sia una differenza fondamentale tra il diritto a *conoscere* le proprie origini e quello a veder stabilito un legame di filiazione, stabilendo quindi come la sola mancanza del secondo tassello non costituisse una violazione dell'art. 8.

Pietra miliare rispetto alla presente trattazione è indiscutibilmente, in attesa del giudizio sull'*affaire Kermalvezen*, il caso *Odièvre v. France*, nel quale la ricorrente, abbandonata alla nascita in seguito a un "*accouchement sous X*" (previsto dall'art. 326 CC), era poi stata adottata in regime di "*adoption plénière*" (artt. 343-359 CC). Come si è avuto modo di rimarcare in precedenza, simile modo di stabilimento della filiazione opera sulla base del totale emendamento di ogni fatto (abbandono) o rapporto di filiazione precedente. La ricorrente aveva dunque esperito le vie giudiziarie nel tentativo di venire a conoscenza dell'*identità* della madre *biologica*, richiesta respinta nelle varie sedi in quanto la nascita era avvenuta "*sous X*". Secondo la ricorrente l'impossibilità di identificare la sua «natural family [...] was highly damaging to her as it deprived her of the chance of reconstituting her life history» e quindi integrava una violazione dell'art. 8. In aggiunta a ciò, la normativa in oggetto appariva anche in violazione dell'art. 14, in quanto discriminante gli individui in base alla nascita. La *Grand Chamber*, pur ritenendo ricevibili le richieste, aveva ritenuto che non vi fosse spazio per riconoscere una violazione né dell'art. 8, né dell'art. 14. Il primo risultava rispettato in quanto, nelle more della decisione, alla ricorrente erano state fornite delle informazioni non identificanti relative alla sua famiglia *naturale*. Infatti, nel frattempo, la *Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat* aveva istituito il *Conseil national pour l'accès aux origines personnelles* (CNAOP) al fine di agevolare le ricerche delle origini personali<sup>87</sup>. In tal modo la legislazione francese

<sup>87</sup> Il *Conseil National pour l'accès aux origines personnelles* (CNAOP) è sorto grazie a un voto unanime dei deputati ed è divenuto operativo a partire dal settembre 2002. La sua missione è quella di favorire la ricerca delle origini personali attra-

aveva operato un ragionevole bilanciamento tra gli interessi in gioco, ben impiegando il margine di discrezionalità che l'ECtHR riconosce agli Stati per materie tanto delicate. La decisione della Corte è stata dunque giustificata dal cambiamento delle circostanze di fatto: la ricorrente aveva ottenuto le informazioni a disposizione dell'autorità pubblica francese. In punto di diritto l'ECtHR aveva però sostenuto come all'«*épanouissement [personnel] contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs [...]* La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention qui trouve ainsi à s'appliquer en l'espèce». Infine, nessuna violazione dell'art. 14 poteva essere riscontrata in quanto, stante il legame di filiazione stretto con i genitori adottivi, nessuna discriminazione aveva avuto luogo rispetto a quegli individui che potevano godere di un legame di filiazione con i propri genitori *naturali*. La significatività della *storia* individuale in relazione alla vita personale è stata poi ribadita nel caso *Jäggi v. Switzerland*, in cui l'ECtHR ha ravvisato la violazione dell'art. 8 laddove gli organi giurisdizionali svizzeri avevano impedito al ricorrente di ottenere l'esperimento della prova genetica di paternità verso un defunto. Nell'assenza di motivazioni filosofiche, morali o religiose opposte da parte dei parenti a al test minimamente intrusivo, non si aveva avuto luogo a un ragionevole bilanciamento degli interessi. Pertanto il rispetto della vita privata e familiare del ricorrente, nella declinazione attinente alle origini personali risultava lesa. Inoltre, sul tema dell'indagine genetica, il caso *Canonne v. France* ha visto dichiarare l'inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza in quanto il ricorrente lamentava violata la propria integrità fisica dall'obbligo legislativo di sottoporsi a un test del DNA, da eseguirsi in relazione alla causa di ricerca della paternità in cui era

verso la collaborazione con tutti i *départements* e gli organismi deputati a regolare le adozioni. Il diritto all'«*accouchement sous X*» permane nell'ordinamento francese, ma, oltre alla già esistente possibilità di rimuovere il segreto sulla propria identità in qualunque momento, ora la donna può lasciare in busta chiusa il proprio nome al fine di venir contattata qualora il bambino lo chiedesse. Inoltre, la donna può lasciare elementi non identificativi in grado di far comprendere le circostanze dell'abbandono o addirittura tutti gli elementi identificativi idonei a farsi ritrovare. Si vd. CONSEIL NATIONAL D'ACCÈS AUX ORIGINES PERSONNELLES, *Présentation des missions du CNAOP*, de ses membres et du secrétariat général, 2 fév. 2009, [cnaop.gouv.fr](http://cnaop.gouv.fr), visitato il 5 giugno 2018.

stato chiamato quale presunto padre biologico. Secondo la Corte, l'inviolabilità del corpo umano non era stata posta in pericolo dalla normativa civilistica francese. Per quanto attiene alla nozione di *storia*, essa è emersa nel caso *Godelli v. Italy*, in cui la ricorrente sosteneva di aver subito una grave lesione del proprio diritto alla vita privata e familiare nel non poter ricevere informazioni, anche non identificative, riguardanti la madre che non l'aveva riconosciuta alla nascita. Secondo l'ECtHR l'art. 8 era stato violato in quanto la legislazione italiana non aveva operato un ragionevole bilanciamento tra il diritto della donna a partorire nell'anonimato e quello della figlia a poter ri-costruire la propria *storia* personale.

Nondimeno l'ECtHR ha chiarito in modo palese la propria posizione nel dibattito che investe la filiazione tra *natura* e *cultura*, tra dato *biologico* e fattore *sociale-affettivo*. Nel caso *Mandet v. France*, infatti, i ricorrenti erano una madre e il proprio figlio, assieme al marito della prima, la cui paternità rispetto al bambino era stata stabilita mediante riconoscimento anni prima. La filiazione si ergeva dunque su solide fondamenta legali e affettive, rispetto alle quali il bambino veniva cresciuto, curato ed educato dal padre *sociale*. In particolare, i coniugi erano stati tali per diversi anni, ma in seguito si erano separati per poi unirsi nuovamente in matrimonio e veder nascere il figlio. Tuttavia ciò era avvenuto anni prima che l'*Ordonnance 4 juillet 2005* facesse perdere importanza al c.d. periodo legale di concepimento, vale a dire in una fase in cui la distinzione tra figli naturali e figli legittimi non era stata del tutto abolita. I ricorrenti, quindi, si erano visti chiamare in causa da un altro uomo, che reputava di essere il padre *naturale* del bambino. Gli organi giurisdizionali francesi, applicando il criterio del periodo legale del concepimento, riconobbero come legittima la pretesa del soggetto, annullando il legame di filiazione tra il padre *sociale* e il bambino. Per i ricorrenti davanti alla ECtHR, tale annullamento aveva comportato una lesione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare, ma la Corte non ha accolto simile impostazione. Invero, secondo i giudici di Strasburgo, le corti francesi avevano mostrato nelle proprie pronunce di aver posto come fulcro i *best interests* del bambino, ponendo come priorità per lo stesso la possibilità di conoscere le sue origini. La Corte notava inoltre come gli interessi dei due *padri* si sovrapponevano parzialmente, al punto da non poter permettere che i diritti del padre *biologico* potessero avere il sopravvento e mantenendo pertanto per il bambino il diritto di vivere presso la famiglia dei ricorrenti. Da parte di chi scrive, fermo restando come la riforma della disciplina della filiazione abbia comportato un miglioramento del quadro giuridico,

rimane comunque preoccupante cogliere come la ECtHR abbia ritenuto preminenti le istanze fondate sul dato *biologico*. Innegabile la necessità di rendere il bambino consapevole della propria *origine*, al fine di permettergli di costruirsi nel modo più aderente possibile alla realtà del proprio vissuto. Ciononostante, cancellare sul piano legale il rapporto di filiazione, stabilito nella volontà del padre *sociale* di prendersi cura del figlio, suscita alcune perplessità.

In questo senso occorrerà attendere la pronuncia sul caso *Kermavezen* per comprendere se la Corte di Strasburgo abbia rivisto la propria posizione in materia oppure se abbia intenzione di riconfermarla anche per ciò che attiene la PMA con dono. Infine, una nota rispetto al diritto di accesso alle origini nell'ordinamento europeo. Dal 2015 tale diritto è confluito come parte primaria del diritto all'identità personale del bambino, come l'*Handbook on European law relating to the rights of the child* dimostra. Infatti, l'art. 8 della ECHR «includes the right to identity and personal development. Details of a person's identity and the interest "in obtaining information necessary to discover the truth concerning important aspects of one's personal identity, such as the identity of one's parents"<sup>88</sup> have been considered relevant to personal development. Birth and the circumstances of birth form part of a child's private life. "[I]nformation concerning highly personal aspects of [one's] childhood, development and history" can constitute a "principal source of information about [one's] past and formative years"<sup>89</sup>, so that lack of access to that information by the child raises an issue under Article 8 of the ECHR»<sup>90</sup>.

#### 9. *I best interests del bambino in relazione al diritto all'accesso alle origini nella PMA con dono di gameti*

La ECtHR, come si è visto, impiega sovente la nozione di "*best interests*" del bambino, così come affermatasi a partire dalla *Convention on the Rights of the Child* (c.d. Convenzione di New York), secondo cui «[i]n all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administra-

<sup>88</sup> *Odièvre v. France* [GC], § 29.

<sup>89</sup> *Gaskin v. the United Kingdom*, § 36.

<sup>90</sup> EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, June 2015, p. B65.

tive authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration» (art. 3, c.1).

Rispetto alla PMA con dono, tuttavia, simile concetto assume dei contorni quanto meno sfocati, specialmente nell'ordinamento francese: l'interesse del bambino è servito a legittimare, in tema di scioglimento del vincolo matrimoniale, tanto le pretese di affidamento esclusivo della prole alla madre, quanto quelle di affidamento condiviso tra i genitori. Inoltre ha costituito il paradigma cui si è attenuta la *Loi Bioéthique 1994* proponendo il modello *simulativo* o di *assimilaizione* della famiglia IAD alla famiglia coniugale tradizionale. Infine, appare arduo intendere simile concetto quando i soggetti che si affacciano al banco dei ricorrenti per far valere la pretesa a conoscere le proprie origini sono gli *enfants du don* ormai adulti<sup>91</sup>. A corollario di tali annotazioni occorre anche ricordare come, nel momento in cui la *Loi Bioéthique 1994* venne approvata, un drappello di 68 deputati guidati dal presidente dell'*Assemblée Nationale* propose un ricorso davanti al *Conseil Constitutionnel*. L'oggetto era il principio di anonimato dei donatori, il quale, secondo i ricorrenti, avrebbe integrato una violazione del principio di responsabilità personale sancito dall'art. 1382 CC (divenuto art. 1240 dopo la riforma del diritto dei contratti operata dall'*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*). Il principio dell'anonimato si sarebbe poi scontrato con il più generale diritto dei bambini di stabilire il legame di filiazione con il padre, anche al di fuori del matrimonio. Il *Conseil Constitutionnel* rigettò il ricorso, osservando come nessuna disposizione di rango costituzionale impedisse l'istituzione di una norma a divieto dello stabilimento del legame di filiazione tra donatore ed *enfant IAD* e di conseguente divieto di esercizio di un'azione di responsabilità<sup>92</sup>.

Il *best interest* più condivisibile potrebbe consistere nella «réintégration des enfants nés d'AMP avec don dans les conditions générales de la vie humaine qui sont celles de notre monde commun démocratique, monde qui n'est certes pas régi par une grande règle de transparence biologique, mais dans lequel personne (à part deux catégories d'enfants très particulières) n'est a priori et à jamais privé par la loi de toute réponse à la question "à qui dois-je d'être né?"»<sup>93</sup>. Tuttavia, a differenza di ciò che propone Irène Théry, è opinione di

<sup>91</sup> Le tre argomentazioni sono state formulate da DEPADT V. *Anonymiser la vie? Le Conseil d'État, le don de gamètes et la volonté de savoir*, Lextenso éd., Issy-Les-Moulineaux, 2017, pp. 13-14.

<sup>92</sup> Conseil Constitutionnel, décision n° 94-343/344 DC.

<sup>93</sup> THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, pp. 47-48.

chi scrive che l'accento non debba tanto andare posto sul chi come *persona* abbia il merito di aver permesso la nascita dell'individuo. Piuttosto, la rilevanza andrebbe attribuita alla mera esistenza di un donatore attraverso la legittimazione sociale effettiva della IAD e, per tali ragioni, i *best interests* del bambino potrebbero coincidere con il diritto alla non-falsificazione del suo concepimento.

10. *Il diritto di accesso alle origini nella giurisprudenza francese: il caso Audrey Kermalvezen*

Dopo innumerevoli richiami all'indagine da lei condotta su CECOS e donatori, approdiamo dunque all'analisi dei risvolti giuridici della vicenda di Audrey Kermalvezen. La battaglia legale ha avuto inizio nel 2010, quando la donna si era rivolta al CECOS Seine-Saint Denis richiedendo di accedere alle informazioni in possesso del centro in merito alle circostanze del proprio concepimento<sup>94</sup>, ma il centro vi aveva opposto un ferreo rifiuto<sup>95</sup>. Così Audrey Kermalvezen aveva adito il tribunale amministrativo di Montreuil, vedendosi rigettare *in toto* il ricorso<sup>96</sup>. Durante l'udienza tenutasi nella primavera 2012, la *rapporteur public* per il caso si era spinta sino ad affermare come «le donneur de gamètes, lui, n'a en aucun cas participé à la conception de la requérante (qui s'est faite en laboratoire)» e come, invero, il donatore avesse «seulement accompli un geste altruiste et totalement désintéressé»<sup>97</sup>. In aggiunta a ciò, la *rapporteur* aveva ancora aggiunto come rispetto alla sua storia personale «elle ne provient pas d'un tube à essai, ça, c'est de la génétique. Non, elle s'est forgée grâce à ses parents, qui l'ont conçue, même si c'est par une voie peu traditionnelle, et qui l'ont élevée: c'est ça son histoire personnelle»<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> In forza della *Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*.

<sup>95</sup> A onore del vero il centro aveva lasciato la donna nel silenzio per diversi mesi e la stessa era riuscita a ottenere una risposta solamente sollecitando la *Commission d'accès aux documents administratifs* (CADA); KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*, p. 255.

<sup>96</sup> TA Montreuil, 21 settembre 2012.

<sup>97</sup> Audrey Kermalvezen su questo punto contesta come in realtà, almeno fino al 1976, i donatori fossero remunerati, ma i documenti da lei proposti non erano stati considerati nella motivazione finale.

<sup>98</sup> *JCP Administrations et collectivités territoriales*, n° 28, 16 juillet 2012, 2253, conclusions Irlin Billandon, TA Montreuil, 14 juin 2012.

In parallelo all'istanza di primo grado di Audrey Kermalvezen, una del tutto analoga era stata proposta da un altro *enfant IAD*, anche lui avvocato: Raphaël Molenat. Differentemente da quando successo per la causa Kermalvezen, il tribunale amministrativo di Parigi aveva accolto le richieste di Molenat, interpellando inoltre il *Conseil d'État* circa due questioni. La prima era comprendere se il modello bioetico francese potesse essere compatibile con l'art. 8 ECHR e la seconda quella di cogliere se la privazione delle informazioni sulla storia medica del donatore potesse integrare una violazione dell'art. 14 ECHR. Lo sviluppo della vicenda giudiziaria a questo punto aveva assunto dei toni quanto meno peculiari: da un lato Audrey Kermalvezen aveva proposto appello innanzi alla Corte d'appello di Versailles e la sentenza era attesa per il 18 giugno 2013, mentre dall'altro la pronuncia del *Conseil d'État* sul caso Molenat era fissata per il giorno seguente. Ciononostante, in modo del tutto inusuale, la calendarizzazione del massimo organo di giustizia amministrativa aveva subito una modifica, anticipando di quasi una settimana la decisione<sup>99</sup>. Decisione che si rivelò negativa e fondata sui medesimi argomenti proposti dal tribunale amministrativo di Versailles, aggiungendovi come la legislazione in materia avesse provveduto a un ragionevole equilibrio tra gli interessi<sup>100</sup>. Significativamente il *Conseil d'État* contraddiceva quanto affermato in un proprio studio del 2009, nel quale aveva sostenuto la legittimità dell'ipotesi di rimuovere il principio di anonimato con la revisione della *loi bioéthique* del 2011<sup>101</sup>. Benché la pronuncia del *Conseil d'État* avesse forma di *avis contentieux* e, pertanto, la Corte d'appello di Versailles non fosse tenuta a conformarvisi, la decisione fu comunque negativa e basata sull'art. 6, I-2°-h della legge sui rapporti tra pubblica amministrazione e utenti. La norma sancisce infatti come l'accesso ai documenti e la consultazione degli stessi possano essere impediti dai «secrets protégés par la loi», tra i quali ricade il principio di anonimato dei donatori<sup>102</sup>.

Ad arricchire lo scenario giudiziario nonché personale dell'avvocato, si aggiunge il matrimonio: nelle more del giudizio della Corte d'appello di Versailles, l'attivista aveva sposato Arthur Kermalvezen, conosciuto presso l'associazione *PMAnonyme*. I coniugi, entrambi *enfants du don*, hanno nutrito per anni il timore di poter essere stati

<sup>99</sup> KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*, p. 274.

<sup>100</sup> CE, *Avís*, 13 juin 2013, n° 362981.

<sup>101</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, 9 avril 2009, conseil-etat.fr, consultato il 5 giugno 2018.

<sup>102</sup> CCA Versailles, 2 juillet 2013, n° 12VE02857.



concepiti grazie al medesimo donatore. Timore fugato il giorno di Natale del 2017 quando, dopo anni di militanza per la causa della rimozione del principio di anonimato, Arthur Kermalvezen ha ricevuto la telefonata dell'uomo che ha donato gli spermatozoi dai quali è venuto al mondo<sup>103</sup>. Prima di tale avvenimento, sulla scorta del dubbio di essere consanguinei, Audrey Kermalvezen aveva presentato ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello di Versailles, affermando come l'anonimato dei donatori nella pratica potesse implicare la violazione dell'art. 162 CC, che dispone il divieto di matrimonio tra fratello e sorella. Il *Conseil d'État* aveva rigettato il ricorso affermando ancora una volta la compatibilità del principio di anonimato con l'art. 8 ECHR in virtù del ragionevole equilibrio realizzato tra interessi contrapposti<sup>104</sup>.

Come si è già ricordato, la ECtHR avrebbe dovuto nel 2018 pronunciarsi sul caso Kermalvezen in seguito al ricorso proposto dopo la pronuncia del *Conseil d'État* del 2015. Nelle more della decisione è tuttavia possibile notare come a livello europeo sia del tutto assente un *consensus* sul principio dell'anonimato dei donatori di gameti e tale assenza potrebbe avere un peso negativo per l'ordinamento francese. Quest'ultimo, infatti, è l'unico a prevedere un modello di anonimato assoluto, potenzialmente in grado di entrare in conflitto con il principio di sussidiarietà previsto dalla ECHR<sup>105</sup>. Il margine di apprezzamento concesso agli Stati membri, infatti, è più ampio quando le materie coinvolte siano molto delicate, ma non per questo agli Stati è concessa una totale arbitrarietà nella valutazione del peso dei diritti in gioco.

### 11. La PMA eterologa in Italia e le relative norme nel diritto di famiglia

Il divieto di fecondazione *eterologa* in Italia è stato rimosso dalla sentenza 162 del 2014 della Corte Costituzionale, che ha rilevato la violazione del diritto alla salute e del principio di autodeterminazione,

<sup>103</sup> Le ricerche di Arthur Kermalvezen sono riassunte in DUPONT G., *Comment Arthur Kermalvezen, né d'un don de gamètes anonyme, a retrouvé son géniteur*, in *Le Monde*, 18 jan. 2018, [lemonde.fr](http://lemonde.fr), visitato il 5 giugno 2018.

<sup>104</sup> CE, 12 nov. 2015, n° 372121.

<sup>105</sup> LE BONNIEC N., *L'anonymat du don de gamètes en France: un possible terrain d'inconventionnalité?*, in *RDSS*, 2017, p. 281.

intesi entrambi alla stregua di diritti di *coppia*<sup>106</sup>. Significativamente la Corte mantiene intatto uno degli elementi più rilevanti, da parte di chi scrive, della PMA con dono come declinata nella legge 40, vale a dire l'importanza attribuita alla *coppia* prima che al suo progetto genitoriale. Certamente il diritto alla salute e il principio di autodeterminazione concorrono a garantire la libertà di poter avere dei figli a dispetto di talune patologie, ciononostante è quanto meno inusuale intendere la Corte trattare posizioni soggettive di tale tipo come posizioni di *coppia*. La PMA con dono rimane dunque fecondazione assistita *eterologa*, tecnica medica che nella terminologia rinvia costantemente a un *terzo* contrapposto alla coppia medesima. La terminologia impiegata non è da ignorare: il “*don de gamètes*” è una formula che richiama l'attenzione sul gesto del dono, sull'atto compiuto e non sul soggetto che lo performa. Differentemente la fecondazione *etero*-loga rinvia all'esistenza di un *terzo*, alla sua estraneità rispetto alla coppia e all'estraneità del materiale genetico che ne provverrà, in contrapposizione con la PMA *omo*-loga, dove, al contrario, il rinvio sarà operato ed esaurito in seno alla coppia stessa.

Occorre comunque rimarcare come il «diritto ad avere figli» sia emerso anche presso la ECtHR rispetto all'applicazione dell'art. 8, in materia di rispetto della vita privata e familiare<sup>107</sup>. Secondo la Corte di Strasburgo la possibilità dei soggetti, intesi come *individui*, ad autodeterminarsi nella scelta di intraprendere o meno un percorso di genitorialità appartiene allo spettro di azione dell'art. 8 della ECHR.

<sup>106</sup> La Corte costituzionale sottolinea come «la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi[...] Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sent. n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera»; Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162.

<sup>107</sup> Nei casi *Evans v. United Kingdom* (rispetto alla scelta di divenire o meno genitore), *Dickson v. United Kingdom* (con riguardo alla possibilità di divenire genitori con fecondazione omologa qualora l'uomo sia in carcere), nonché *S.H. and Others v. Austria* (in relazione al divieto di PMA con dono attraverso fecondazione *in vitro*) e *Parrillo v. Italy* (in materia di donazione degli embrioni alla scienza e di non utilizzo per ottenere una gravidanza) sono stato infatti rintracciati i limiti entro i quali gli Stati possono operare un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, realizzando un ragionevole equilibrio tra di essi.

Beninteso come la tematica, connotata da una precipua delicatezza, rientri nell'ambito del margine di apprezzamento concesso agli Stati membri della Convenzione e debba pertanto, da una parte, tenere conto dell'affermarsi del *consensus* europeo sul tema e, dall'altra, essere oggetto di un ragionevole equilibrio degli interessi in gioco.

Nel giugno 2014 la Corte Costituzionale ha dunque cancellato il divieto di fecondazione *eterologa* contenuto all'art. 4 c. 3 della legge 40, lasciando intatte le disposizioni in materia di rapporti di filiazione tra donatore o donatrice e bambini nati in seguito al dono. L'art. 9 della legge 40, infatti, stabilisce al c.1 come l'uomo (coniuge o convivente) che abbia donato il proprio consenso, ricavabile da atti conclusivi, alla PMA con dono non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, come delineata dagli artt. 235 c.1, n. 1 e n.2, c.c., né l'impugnazione prevista all'art. 263 c.c.. Qualora alla PMA eterologa abbia fatto ricorso la donna senza che l'uomo, il marito, ne fosse a conoscenza e dunque avesse donato il proprio consenso l'azione di disconoscimento è permessa<sup>108</sup>. Alla donna, analogamente, l'art. 9 c.2 della legge 40 non consente di dichiarare la propria volontà di non essere nominata, come previsto dall'art. 30 c. 1 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. Infine, evidentemente, l'art. 9 c.3 della legge 40 sancisce come il donatore di gameti non acquisisca alcun legame giuridico parentale con il nascituro. Tuttavia tale disposizione non è declinata nei termini dell'attribuzione di maternità qualora si verifichi una donazione di ovociti e non di seme, benché «le nuove tecnologie della riproduzione mett[a]no in discussione la certezza fondamentale per ogni essere umano, l'identità della madre: certezza riflessa nell'art. 269 c.c., secondo il quale la madre è colei che partorisce»<sup>109</sup>. Invero simile problematica apparirà ben più rilevante quando si tratterà di Gestazione per altri (GPA), non intervenendo il dono di ovociti sul momento del parto. In ogni caso, l'iscrizione del bambino in un legame di filiazione con chi ha *voluto* la sua nascita, e non con chi l'ha resa possibile a mezzo del dono, risponde al principio della c.d. responsabilità per la procreazione, enucleata a livello giurisprudenziale in Italia dalla Corte di Cassazione a fine anni '90<sup>110</sup>.

La frammentarietà e la disorganicità delle norme in materia conferiscono un senso di fragilità alla disciplina. Meritorio, secondo chi scrive, lo spunto offerto dall'art. 1 del Regolamento in materia di con-

<sup>108</sup> Cass. civ., sez. I, 26 ottobre 2016 – 28 marzo 2017, n. 7965.

<sup>109</sup> FERRANDO G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli editore, Bologna, 2017, 3<sup>a</sup> ed., p. 333.

<sup>110</sup> Cass. 16 marzo 1999, n. 2315.

senso informato della PMA, laddove intende quali «elementi minimi di conoscenza necessario alla formazione del consenso informato [...] la possibilità che il nato da PMA di tipo eterologo, una volta adulto, possa essere oggetto di anamnesi medica inappropriata, se non a conoscenza della modalità del suo concepimento» (lett.m), nonché «i possibili effetti psicologici per i singoli richiedenti, per la coppia e il nato, conseguenti all'applicazione delle tecniche di PMA, con particolare riguardo alle specificità delle tecniche di PMA di tipo eterologo» (lett. o). La consapevolezza tanto dei rischi psichici, quanto di quelli legati alla salute fisica, conseguenti al persistere di un *segreto* in seno alla famiglia IAD è senza dubbio apprezzabile. Specialmente nella misura in cui essi non vengono ricondotti all'impossibilità di *identificare* il donatore come *persona*. Simili rischi erano invece stati paventati da un parere del Comitato Nazionale di Bioetica nel 2011, che aveva interrogato il concetto di *origine* in relazione alla PMA con dono realizzata all'estero. Muovendo dalla constatazione di come tali tecniche «non esaurisc[a]no i loro effetti giuridici solamente nella fase della diretta applicazione, ma li prolung[hi]no sul nato e sulla famiglia nel tempo»<sup>111</sup>, il CNB aveva valutato l'impatto del *segreto* sul modo di concepimento rispetto agli *enfants du don* italiani. Accedendo a una china oltremodo scivolosa, il Comitato si era poi spinto a teorizzare come «sia più facile, per ragioni culturali e psicologiche, accettare di non conoscere il padre biologico che ignorare la madre genetica», ritenendo soprattutto che «a donazione del gamete femminile alla madre gestante non muta l'esperienza relazionale fondante tra madre e nascituro rappresentata dalla gravidanza»<sup>112</sup>. La concezione della genitorialità rispecchia pienamente la tradizionale ripartizione tra biologico, e quindi l'aspetto *naturale* della maternità, e sociale, come profilo puramente *intenzionale* della paternità. Con l'aggravante di definire come *padre biologico* il donatore di seme e come *madre genetica* la donatrice di ovuli. In ogni caso, il CNB aveva raccomandato non solo di «evitare di ledere la dignità della persona con atteggiamenti discriminatori da parte della società in considerazione delle modalità del suo concepimento» (auspicio pienamente condivisibile), ma aveva anche affidato alla «responsabilità morale dei genitori» di informare il figlio sulle modalità del suo concepimento in «età minorenne». Infine, il punto saliente del parere si era concretizzato nella raccomandazione di «[r]iconoscere, secondo modalità da affidare al

<sup>111</sup> COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, Roma, 25 novembre 2011, p. 5.

<sup>112</sup> *Ivi*, p. 7.

Legislatore, il diritto del nato, raggiunta la maggiore età, ad accedere alle informazioni in merito alle proprie origini biologiche, qualora lo richieda»<sup>113</sup>. A ciò si erano aggiunte specifiche raccomandazioni in merito alla creazione di un apposito registro dei donatori e alla possibilità per i medici di accedere alle informazioni necessarie alla cura degli *enfants IAD* <sup>114</sup>.

Da una parte, dunque, il CNB ha fatto proprio una visione *naturalistica* della famiglia, per cui la PMA non è una PMA con dono, bensì una PMA *etero-loga*, in quanto minacciata costantemente dalla presenza di un *terzo* estraneo alla coppia. Un terzo che non si riesce a ridurre al suo ruolo di donatore o donatrice, ma che viene costantemente evocato quale *padre* biologico o quale *madre* genetica. Problemi concettuali di primaria importanza, ben lontani da una soluzione. Solamente un approccio più lucido, volto a riconoscere ai nati da dono un diritto all'accesso ai dati esclusivamente genetici<sup>115</sup>, utili a livello medico, potrebbe contribuire ad accelerare il processo di accettazione sociale delle famiglie IAD in Italia, accantonando ogni riferimento al ruolo *sociale* dei donatori e delle donatrici.

In aggiunta a ciò è bene ricordare come l'accesso alla PMA con dono tramite il Servizio sanitario nazionale (SSN), con pagamento di un ticket o gratuitamente a seconda della Regione di residenza, è possibile esclusivamente per le donne che abbiano meno di 43 anni e per un totale di tre cicli<sup>116</sup>. Un caso particolarmente interessante si è con-

<sup>113</sup> *Ivi*, p. 18.

<sup>114</sup> Il CNB ha premesso come al proprio interno la valutazione etica della PMA non sia unitaria; *ivi*, p. 6.

<sup>115</sup> Come sostiene tra gli altri D'AVACK L., *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 3<sup>a</sup> ed., 2016, pp. 65-67.

<sup>116</sup> Per fornire un'idea di massima del costo delle tecniche, si consideri come in Spagna esso si attesti tra i 5.000 e i 6.000€, mentre nell'Europa dell'Est sia di 4.000-5.000€. In Italia la situazione nelle strutture pubbliche varia da Regione a Regione: in Toscana il costo del ticket si attesta sui 500€ (anche per chi arriva da fuori Regione), pur variando da centro a centro, in Liguria il ticket è proporzionato al reddito, nel Lazio varia da 1.500 a 2.000 €, il Piemonte si assesta attorno ai 600€, mentre il Friuli ha optato per un ticket di 500€ (alzando per altro il limite d'età p dai 43 ai 50 anni). I dati sono tratti da diverse fonti: BARATTA L., *Eterologa, regione che vai tariffa che trovi. Solo dodici regioni hanno approvato le linee guida. Mancano tariffe certe e soprattutto i donatori*, in *Linkiesta*, 11 nov. 2014, [linkiesta.it](http://linkiesta.it), consultato il 18 giugno 2018; FECONDAZIONE ETEROLOGA ITALIA, *Fecondazione eterologa: i costi. Quanto costa sottoporsi ad un trattamento di fecondazione eterologa? È vero che si possono raggiungere anche i 60.000 euro?*, in *Fecondazione Eterologa Italia*, 2017, [fecondazioneeterologaitalia.it](http://fecondazioneeterologaitalia.it), consultato il 18 giugno 2018. Nel settore privato, per altro, si stanno sviluppando modelli di biobanche (per la conservazione di gameti ed embrioni) sulla falsariga di "istituti dei tessuti", molto più articolati e definiti dei cor-

cretizzato nella decisione della Giunta della Lombardia, guidata dal Governatore Maroni, di differenziare l'accesso con ticket tra fecondazione omologa e fecondazione eterologa. In particolare la prima risultava accessibile a fronte del pagamento di un ticket non esoso, mentre la seconda totalmente a carico economico dei soggetti interessati. Dopo l'approvazione della disposizione, l'Associazione SOS Infertilità Onlus ha presentato ricorso innanzi al TAR Lombardia, richiedendo l'annullamento delle deliberazioni in oggetto<sup>117</sup>, nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali. Il TAR ha ritenuto come le delibere in oggetto si ponessero in violazione dell'art. 32 Cost., nell'accezione consolidata di salute quale stato di benessere psichico e fisico<sup>118</sup>, nella misura in cui fondavano una discriminazione effettiva tra le due tecniche, a dispetto di un'omogeneità della situazione di fatto. In altri termini l'intervento del *dono* non poteva in alcun modo rendere legittima la discriminazione<sup>119</sup>. La medesima impostazione è stata accolta dal Consiglio di Stato che, in sede di appello, ha confermato l'illegittimità della discriminazione<sup>120</sup>. Evidentemente la *ratio* delle delibere va ricercata nel disvalore morale associato alla presenza di un *donatore*, vale a dire di un soggetto *terzo* rispetto alla coppia e quindi, in ultima istanza, allo spettro dell'adulterio nella formazione della famiglia. Ragioni riconducibili chiaramente al tipo di indirizzo politico della Giunta lombarda. Anche in questo caso occorre notare come si sia trattato « certamente di una vittoria per i cittadini », ma, d'altro canto, anche di « una sconfitta, l'ennesima, della politica che ancora una volta ha rinunciato al proprio ruolo di garante degli interessi di tutti i cittadini,

rispettivi nel settore pubblico; AUTIERI F., *Biobanca e centri di PMA*, Primo Congresso Nazionale Fondazione PMA Italia, Firenze, 23-24 febbraio 2018.

<sup>117</sup> Deliberazione Giunta Regionale della Lombardia del 12 settembre 2014, n. X/2344, recante determinazioni in ordine all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) di tipo eterologo (in B.U.R.L. 16 settembre 2014); deliberazione della Giunta Regionale della Lombardia del 7 novembre 2014, n. X/2611, recante individuazione delle tariffe transitorie di riferimento per le prestazioni di procreazione medicalmente assistita (PMA) di tipo eterologo ai sensi della D.G.R. n. X/2344 del 12 settembre 2014.

<sup>118</sup> Così come inteso dalla *World Health Organization* e accolto da diverse sentenze della Corte Costituzionale, tra le quali la n. 251 del 2008, la n. 113 del 2004, nonché la n. 253 del 2003. La prima equiparazione della salute psichica a quella fisica e il riconoscimento di un pari grado di tutela erano stati formulati già nella sentenza n. 167 del 1999.

<sup>119</sup> TAR Lombardia, n. 2271/2015.

<sup>120</sup> Cons. St. n. 3297/2016.

lasciando ai tribunali il compito tutelare i diritti delle persone e affermare lo Stato di diritto»<sup>121</sup>.

Un'indagine dell'agenzia d'informazione Adnkronos Salute ha poi rivelato come l'accesso alle tecniche sia tutt'altro che uniforme sul territorio nazionale, con un record di cicli e successi detenuto dai centri di fertilità fiorentini. La direttrice del Centro PMA dell'ospedale Careggi ha spiegato come nel biennio 2014-2016 siano stati effettuate 1.503 visite e 210 cicli solo tra il giugno 2015 e l'aprile 2016, con un tempo in lista di attesa per ciascuna coppia di un anno e cinque mesi. Un altro centro di primaria importanza è collocato presso l'ospedale Santa Maria degli Angeli di Pordenone, nel cui reparto di Fisiopatologia della Riproduzione umana e banca del seme, dove i successi sono accompagnati da una lista di attesa ridotta a soli sei mesi<sup>122</sup>. Un panorama complessivo della situazione odierna è stato poi fornito da un'indagine dell'istituto di ricerca Centro Studi Investimenti Sociali (Censis) nel 2016, su un campione di 361 coppie che si sono rivolte a 23 differenti centri per la PMA in varie Regioni italiane. Il quadro dipinto dall'indagine rivela un *trend* di aumento progressivo dell'età delle coppie che richiedono di accedere a una PMA (39,8 anni per gli uomini contro i 37,7 del 2008; 36,7 per le donne contro i 35,3 delle donne nel 2008) dopo aver tentato di concepire un figlio per meno di 4 anni. La lista di attesa dura poco meno di 2 anni e metà delle coppie hanno dichiarato di aver ottenuto l'accesso alla tecnica grazie al pagamento di un ticket (49%), ma la media sale se si guarda alle Regioni settentrionali (59%). Al contrario, i residenti del Centro (67%) e Sud Italia, nonché delle Isole (51%), hanno in maggior parte dovuto coprire i costi per intero. In generale i soggetti coinvolti nello studio hanno risposto con un buon grado di soddisfazione, salvo qualche remora per i tempi di attesa (Nord Italia) e i costi (Centro e Sud Italia)<sup>123</sup>. Dal punto di vista dell'incisività del fenomeno è bene tenere a mente come dal 2016 la stima è di 3 bambini su 100 nati da feconda-

<sup>121</sup> GALLO F., *Eterologa, Ass. Coscioni: «Sconfitto proibizionismo che calpesta diritti, Maroni impari la lezione»*, in *Quotidiano Sanità* 24, 21 luglio 2016, [quotidianosanita.it](http://quotidianosanita.it), consultato il 18 giugno 2018.

<sup>122</sup> N.N., *Fecondazione eterologa in Italia: ecco dove non è un miraggio*, in *AdKronos Salute*, 13 aprile 2016, [adnkronos.com](http://adnkronos.com), consultato il 18 giugno 2018.

<sup>123</sup> VACCARO C. M. (a cura di), *Diventare genitori oggi. Il punto di vista delle coppie in PMA. Indagine sulla fertilità/infertilità in Italia*, Carocci editore, Roma, 2016. Mentre le indagini di Adnkronos e del Censis sono state approfondite sulla scorta dei riferimenti in in FAUSTINI F., FORTE M., *Un viaggio inaspettato. Quando si diventa genitori con la fecondazione eterologa*, Imprimatur di Rizzoli, Reggio Emilia, 2017, pp. 25-30.

zione assistita di entrambe le tipologie: nel 2015, 74.292 coppie si sono rivolte ai 366 centri italiani, con un totale di 95.110 cicli avviati. Dei 485.780 neonati italiani del medesimo anno, i bambini concepiti grazie alla PMA sono stati ben 12.836, dei quali 601 con dono di gameti (4,1% del totale)<sup>124</sup>.

In conclusione, pertanto, appare verosimile l'ipotesi che la fecondazione *eterologa*, IAD o PMA con dono di gameti, in Italia dovrà attendere ancora a lungo per assumere le dimensioni e la legittimità sociale che conosce in Francia. In questo senso non è assurdo ritenere che alcune delle problematiche rilevate rispetto all'ordinamento francese possano un domani assurgere a un certo grado di rilevanza anche in quello italiano. Basti pensare alla possibilità che gli *enfants IAD* italiani desiderino, una volta divenuti adulti, rivendicare il diritto di accesso alle proprie origini. Attualmente l'attenzione è però rivolta alle *coppie*, alla loro possibilità di accedere alle tecniche di PMA *eterologa* sia dal punto di vista economico, sia da quello delle attese. Su questo tema si avrà modo di ritornare nel prosieguo, quando si dedicherà l'analisi a quel fenomeno noto come "turismo riproduttivo". Per ciò che concerne la disciplina della fecondazione *eterologa*, è manifesto come l'urgenza sia costituita da un intervento legislativo che dirimi le questioni irrisolte e strutturi in maniera organica la disciplina. Solamente la fine dell'inerzia del Legislatore potrà permettere il venire in essere di un modello bioetico italiano, auspicato in altri termini anche nella sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014, laddove i giudici hanno posto in luce come la PMA con dono istituzionalizzata «costituirebbe espressione di una concezione solidaristica, fondata sul concetto di "dono" e cioè di atto volontario e gratuito caratterizzato da istanze di solidarietà e in tali termini è accolta in Francia, in cui è ammessa solo per le coppie e nel caso di vano esperimento della PMA omologa, e nel Regno Unito». Un modello bioetico italiano che, possibilmente, sappia ispirarsi sì ad altre esperienze, ma nella consapevole lucidità delle loro peculiarità, tenendo quindi a mente la distinzione tra il pianto concettuale e quello ideologico. Non

<sup>124</sup> VAZZA L., *Pma: 3 bimbi su cento nascono così. Sono 601 i primi figli dell'eterologa*, in *Quotidiano Sanità*, Tabloid, n. 26, 11 luglio 2017, p. 7. I dati sono tratti dalla Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge contenente norme in materia di Procreazione Medicalmente Assistita (Legge 19 febbraio 2004, N. 40, Articolo 15), 29 giugno 2017. Per valutare nel dettaglio il profilo dell'accessibilità ai servizi di PMA, anche di natura omologa, si rinvia a. MINISTERO DELLA SALUTE, *Relazione annuale del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 Febbraio 2004, n. 40)*, Roma, 28 giugno 2018.



soltanto nella notoria contrapposizione tra una bioetica c.d. laica, o meglio *profana*, e una di matrice cristiano-cattolica. Ancor più nella constatazione di come il richiamo delle esperienze francesi e inglesi tradisca un'apparente semplicità, vista e considerata la distanza che connota i due ordinamenti rispetto a molti temi, tra i quali la possibilità di accesso all'identità del donatore o quella di crioconservazione *sociale* dei gameti (*Social Egg Freezing*).



## CAPITOLO V

### La Gestazione per Altri come dono di gestazione

#### 1. *Profili definitivi e indicazioni cliniche per la Gestazione per Altri*

Analizzate e discusse le pratiche di fecondazione assistita di tipo *omologo* ed *eterologo*, o, per meglio dire, con dono di gameti, occorre quindi riferirsi a una modalità di costruzione di un nucleo familiare per alcuni versi percepito come *estremo*. Si tratta di un fenomeno che risponde a una molteplice terminologia<sup>1</sup>: *surrogacy*, “*maternité de substitution*”, “*gestation pour autrui*” (GPA), “gestazione per altri”, “gravidanza solidale”, “maternità surrogata” oppure, mediaticamente, «utero in affitto». Il linguaggio di settore tradisce dunque la complessità che connota il fenomeno, in un intrecciarsi di relazioni che pongono più di una sfida ai bioeticisti internazionali, ma non solo. A seconda della terminologia impiegata dalla legislazione, dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla letteratura scientifica è possibile cogliere istantaneamente il punto di osservazione nel quale legislatori, autori e giudici si collocano per indagare la materia. A titolo esemplificativo, l’impiego della nozione di *utero in affitto* tradisce al contempo due *bias* cruciali: il primo è legato all’idea dell’*uso* della donna, di una sua identificazione con l’organo riproduttivo e quindi di una sua complessiva *biologizzazione*. Il secondo implica invece una visione che esclude *ex abrupto* l’esistenza, al contrario verificata, di un profilo altruistico, insistendo quindi sul quello commerciale della pratica. Ancora, la “*maternité de substitution*” attira e catalizza l’attenzione sull’ipotetica *intercambiabilità* della funzione materna, senza dunque praticare alcuna distinzione tra l’aspetto *biologico* legato alla gravidanza, ed eventualmente alla genetica, e quello *affettivo* connesso alla cura e alla crescita del nascituro.

Per quel che concerne la presente trattazione, ci si riferirà al tema come “*gestation pour autrui*”, e dunque GPA, non solo in quanto

<sup>1</sup> ROZÉE V., *Surrogacy: Patients’ Perspective, Policies, Ethics, Legal Framework*, The Best of ASRM and ESHRE 2017, Paris, 23-25 February 2017.

l'acronimo accomuna la lingua francese a quella italiana (gestazione per altri), ma soprattutto per una ragione di natura concettuale che si avrà modo di porre in luce nel corso dell'analisi. Al contempo il campo semantico connesso alla "*surrogacy*" ricorrerà là ove si opererà un riferimento al mondo anglosassone, non potendosi optare per un vocabolario differente. Pertanto «[s]urrogacy is the term most often used to describe arrangements in which a woman who is, or is to become, pregnant agrees permanently to surrender the child(ren) born of that pregnancy to another person or couple (the commissioning person(s))»<sup>2</sup>.

Sin dal principio, la definizione della GPA subisce un processo di articolazione che si sviluppa a partire da più di una componente. Innanzitutto in quanto il concepimento del bambino può essere operato con una fecondazione artificiale *in vivo*, e avrà quindi luogo una "*traditional surrogacy*", oppure *in vitro*, dando corso invece a una "*gestational surrogacy*"<sup>3</sup>. Nel primo caso i gameti femminili saranno quelli della donna che condurrà la gravidanza, verificandosi perciò un legame genetico tra di lei e il bambino. Nel secondo caso invece i gameti femminili potranno essere della c.d. *intended mother* oppure di una donatrice, divenendo così la donna che condurrà la gravidanza una "*gestational carrier*"<sup>4</sup>. Per quanto inerisce i gameti maschili, essi potranno provenire tanto dall'"*intended father*", quanto da un *donatore*, a seconda che le condizioni del seme del primo siano tali poter dar luogo a una fecondazione dell'ovocita o meno. A titolo di ulteriore chiarimento, si consideri come: la «Traditional surrogacy (TS) [is a]lso known as "natural surrogacy" (NS). The surrogate may be known as such or as the "surrogate mother" (SM), "host", or "host mother". She could be inseminated by normal intercourse with the proposed genetic father, or by traditional vaginal or cervical insemination, or with donor sperm by either of these methods». Mentre la

<sup>2</sup> ALLAN S., *The Surrogate in Commercial Surrogacy: Legal and ethical Considerations*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015, p. 113.

<sup>3</sup> HOLLAND S., *Bioethics. A philosophical introduction*, Polity Press, Cambridge UK, 2<sup>nd</sup> ed., 2017, pp. 194-195.

<sup>4</sup> Secondo il glossario della *World Health Organization*, la *gestational carrier* è colei «who carries a pregnancy with an agreement that she will give the offspring to the intended parent(s). Gametes can originate from the intended parent(s) and/or a third party (or parties)». Vd. ZEGERS-HOCHSCHILD F., ADAMSON G. D., DE MODZON J. et al., *Infertility (clinical definition)*, in *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology*, 2009, in *Fertility and Sterility*, 2009, Vol. 92, No. 5.

«Gestational surrogacy (GS) [is a]lso known as “genetic surrogacy”, “IVF surrogacy”, or “full surrogacy”. The couple that will provide both gametes, and therefore the embryo for transfer, can be known as the “genetic couple” (GC), the “intended parents” (IP), or “commissioning couple” (CC). The gestating mother may be known as the “host mother” (HM) or “surrogate mother” (SM)»<sup>5</sup>. In francese la *traditional surrogacy* è nota come “*procréation pour autrui*”, mentre la *gestation surrogacy* come “*gestation pour autrui*”. La compartecipazione di numerosi soggetti al concepimento (fino a un massimo di cinque, con differenti ruoli sul piano biologico e relazionale) denota il grado di complessità tipico della pratica e spiega parzialmente il perché dell’esistenza delle problematiche sociali e giuridiche che ne scaturiscono. Queste ultime, invero, si aggravano qualora ad accedere alla GPA siano individui *solì*, vale a dire nei casi nei quali il totale di soggetti coinvolti inevitabilmente si abbassa, lasciando spazio però a una *monogenitorialità*.

Intendendo riferirsi alla dimensione quantitativa del fenomeno, è arduo non imbattersi nell’incertezza dei dati disponibili: affermare quanto incida sul piano statistico il ricorso alla GPA a livello mondiale, europeo o statunitense è un’operazione poco praticabile e foriera di risultati potenzialmente poco affidabili. Alcune ricerche parrebbero riportare non solo un trend lievemente in aumento per la GPA negli Stati Uniti e fortemente in crescita per quel che riguarda i soggetti *stranieri* che si rivolgono alle agenzie di intermediazione statunitensi<sup>6</sup>. A livello europeo i dati sono ancora più incerti, special-

<sup>5</sup> BRINDEN P.R., *Surrogacy’s Past, Present, and Future*, in SCOTT SILLS E., *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2016, p. 2. A livello classificatorio, soltanto qualora la fecondazione si realizzi *in vitro* la GPA rientrerà nel novero delle *Assisted reproductive technologies* (ARTs); *ibidem*; cfr. ZEGERS-HOCHSCHILD F., ADAMSON G.D., DYER S. *et al.*, *The International Glossary on Infertility and Fertility Care*, 2017, in *Fertil. Steril.*, Sep. 2017, 108 (3).

<sup>6</sup> Nel 2013 sul totale dei cicli di ARTs effettuati, il 2.5% era costituito da *gestational surrogacies*. Nel periodo 2006-2013 sul totale delle suddette la porzione di utenti non statunitensi si è alzato dal 6.3% al 18.5%. Per approfondire l’analisi delle statistiche si veda PERKINS K.M., BOULET S.M., JAMIESON D.J. *et al.*, *Trends and outcomes of gestational surrogacy in the United States*, in *Fertility and Sterility*, 2016, Volume 106, Issue 2, pp. 435-442.e2. *The Economist* assevera tale incertezza: «[t]hough the number of children born globally each year through surrogacy is unknown, at least 2,200 were born in America in 2014, more than twice as many as in 2007. Britain registered nearly 400 in 2016, eight times as many as in 2007. One large Indian clinic popular with foreigners claimed to have delivered more than 1,000 babies between 2004 and 2015». N.N., *As demand for surrogacy soars, more coun-*

mente a causa dell'assenza di un *consensus* sul tema, stante la cospicua distanza che intercorre tra i Paesi rispetto non solo alla legalizzazione della pratica, ma anche, e prima di tutto, alla difficoltà di dibattito in merito.

Quali sono dunque le condizioni cliniche per le quali può essere richiesta una GPA? Una delle principali è senza dubbio la sindrome di Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser (MRKH, meglio nota come Sindrome di Rokitansky), che provoca l'aplasia congenita dell'utero e della porzione superiore della vagina<sup>7</sup>. L'agenesia dell'utero, va da sé, rende impossibile il fisiologico processo di riproduzione. Processo precluso anche nei casi di asportazione dell'utero (isterectomia) in seguito al sopravvenire di alcune patologie (tumore, endometriosi aggressiva, etc.) o eventi traumatici<sup>8</sup>. A tali casi di *sterilità* vanno ad aggiungersi quelli di infertilità, vale a dire le circostanze nelle quali, pur in presenza dell'organo riproduttivo deputato ad accogliere l'embrione e ospitare il feto, l'insorgenza di determinate patologie, quali per esempio l'endometriosi, rende pressoché impossibile il verificarsi o lo svolgersi di una gravidanza. In tal senso si può riscontrare la presenza di un "*hostile uterine environment*", risultato usualmente connesso a un trattamento chemioterapico o radioterapico. Ancora, la *poliabortività* (aborto spontaneo ricorrente) o il fallimento ripetuto di numerosi cicli di fecondazione *in vitro* (IVF), insieme a controindicazioni connesse alla gravidanza (quali l'insorgenza di serie patologie in caso di concepimento) costituiscono ulteriori presupposti per ricorrere a una GPA<sup>9</sup>. In questo senso, delle circa 300 coppie italiane che ogni anno ricercano all'estero tale possibilità, il 90% vi è costretta

*tries are trying to ban it. Many feminists and religious leaders regard it as exploitation*, in *The Economist*, May 13<sup>th</sup> 2017, [economist.com](http://economist.com), visitato il 23 giugno 2018.

<sup>7</sup> La sindrome colpisce almeno una su 4.500 donne, dando luogo anche a difetti renali, vertebrali e, più raramente, dell'udito e del cuore (MRKH di c.d. tipo 2 o associazione MURCS). N.N., *Sindrome di Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser*, in *OrphaNet, Il portale delle malattie rare e dei farmaci orfani*, [orpha.net](http://orpha.net), visitato il 23 giugno 2018.

<sup>8</sup> Di evento traumatico si è trattato per Novella Esposito, protagonista di uno dei casi giudiziari italiani in materia, che si approfondirà nel prosieguo. Per conoscere gli estremi della vicenda si veda PASOLINI C., *Maternità surrogata, "No all'affitto, ma sì all'utero in dono. Anche per gay"*, in *La Repubblica online*, 5 dicembre 2015, [repubblica.it](http://repubblica.it), visitato il 23 giugno 2018.

<sup>9</sup> Per le indicazioni cliniche *ivi* sinteticamente riportate, si è operato un riferimento a D'ANGELO A., *Surrogacy: Indications and clinical aspects*, in *Precongress Course n. 04: Surrogacy a Gift with Consequences*, Annual Meeting, ESHRE 2018, Barcelona, 1<sup>st</sup> July 2018.

per una problematica connessa al funzionamento dell'utero<sup>10</sup>. In rapporto a ciò appare rilevante sottolineare come, a dispetto della *vulgata* in materia, alla GPA facciano ricorso in maggioranza coppie eterosessuali, con stime che arrivano ad attestare all'80% l'incidenza delle coppie eterosessuali<sup>11</sup> rispetto al 20% di quelle omosessuali<sup>12</sup>.

## 2. Gli Infertility Centers e il caso Baby M

Addentrandosi nella materia, occorre riferirsi innanzitutto a uno dei primi contratti di *surrogacy*, stilato nel 1976 negli Stati Uniti dall'avvocato Noel Keane, divenuto in seguito fondatore degli *Infertility Centers*, nonché protagonista tecnico del celeberrimo caso *Baby M*<sup>13</sup>. Il contributo di Keane al consolidarsi della pratica è stato possibile anche a causa della crisi delle adozioni verificatesi negli Stati Uniti nei primi anni '80. In quel periodo l'avvocato ricevette migliaia di richieste da parte di coppie in cerca di una "*surrogate*", proprio a causa della mancanza di bambini adottabili per legge<sup>14</sup>. Esattamente nel 1980 ebbe quindi luogo il primo contratto di *traditional surrogacy* a titolo *oneroso*. La vicenda assunse in seguito toni cupi quando la *surrogate* si pentì della scelta compiuta, pubblicando un libro testimonianza sul tema<sup>15</sup>.

Per Noel Keane, in ogni caso, la *ratio* dei contratti di *surrogacy* era precisa: «[t]he parties to a surrogate parenting contract attempt to do,

<sup>10</sup> BIANCHI F., *Intervista al professor Pasquale Bilotta*, in *L'Espresso*, 2016, come riportato da *Alma Res - Clinica della fertilità*, 25 febbraio 2016, [almares.it](http://almares.it), visitato il 23 giugno 2018.

<sup>11</sup> Ciò avviene in quanto «i gay naturalmente sterili sono testimonial perfetti per la GPA, pur restando la minoranza dei committenti [...]. Testimonial perfetti perché visibili, a differenza degli etero», come ricorda TERRAGNI M., *Utero in affitto, precariato assoluto*, in CIRILLO L. (a cura di), *Utero in affitto o gravidanza per altri? Voci a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2017, p. 149.

<sup>12</sup> Trattasi di uno studio della Huddersfield University citato da TATU N., *La fabrique des bébés. Enquête sur les mères porteuses dans le monde*, Éditions Stock, Paris, 2017, p. 19.

<sup>13</sup> AMERICAN SURROGACY, *History of Surrogacy*, in [surrogate.com](http://surrogate.com), consultato il 25 giugno 2018.

<sup>14</sup> VAN GELDER L., *Noel Keane, 58, Lawyer in Surrogate Mother Cases, Is Dead*, in *The New York Times*, Jan., 28, 1997, [nytimes.com](http://nytimes.com), consultato il 25 giugno 2018.

<sup>15</sup> Trattasi di KANE E., *Birth Mother: The Story of America's First Legal Surrogate Mother*, Harcourt, San Diego, 1988.

by an express, arms-length agreement, what is normally left to an implied understanding between the mother and father of a child. They also attempt, by their agreement, to allocate the responsibilities imposed by law for the benefit of the child. The contract must, therefore, clearly distinguish the relationships intended by the parties from those which are normally understood to follow from the birth of a child, and it must ensure that the child will receive the care which the community has a right to insist will be provided»<sup>16</sup>. Ne consegue che i tratti salienti dell'accordo fossero principalmente due. Da un lato la netta distinzione tra funzioni *biologiche*, di tutela del feto durante la gravidanza, e funzioni *affettive*, o sociali, di cura del bambino una volta venuto al mondo. Dall'altro lato l'oggetto del contratto, vale a dire il trasferimento di *responsabilità* nei confronti del nascituro e non certo il trasferimento di *proprietà* dello stesso. Per raggiungere tali obiettivi, il contratto doveva prevedere alcuni elementi essenziali, a partire dal metodo con cui si stabiliva la filiazione per via paterna di colui che Keane chiamava "*natural father*", cioè colui che «[u]nlike the anonymous sperm donor, who has no parental responsibilities, and the stereotyped careless lover, who tries to avoid them, the natural father in a surrogate parenting situation has entered a contractual relationship precisely to subject himself to the responsibilities of a parent»<sup>17</sup>. La specificazione è d'obbligo, visto come la nozione di *naturale* utilizzata in simile contesto rischi di trarre in inganno: il contratto doveva quindi stabilire inequivocabilmente la paternità dell'uomo che in qualità di "*committent*" della gestazione, insieme alla propria partner, sarebbe diventato poi diventato il padre *legale*, anche qualora fosse stato necessario ricorrere a un dono di gameti maschili. In modo complementare il contratto doveva prevedere la cesura del rapporto di filiazione tra la *surrogate* e il nascituro, affinché questo potesse sorgere in capo alla donna che sarebbe diventata quindi *madre* del bambino (all'epoca individuata nella "*natural father's wife*"). Emergevano poi il profilo del prezzo attribuito al *servizio* di gestazione, a fianco all'accettazione da parte della *surrogate* di un determinato stile di vita (per esempio l'astinenza dal consumo di alcolici) e alla re-distribuzione degli oneri fisici e psichici di eventuali complicazioni correlate alla gravidanza<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> KEANE N., *The Surrogate Parenting Contract*, in *Adelphia L.J.*, 1983, 2, 45, p. 45.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 46.



Sul piano teorico, dunque, gli ingranaggi del contratto di *surrogacy* sembravano congegnati per gestire efficacemente, secondo uno schema di pesi e contrappesi, una sequenza riproduttiva e di cura tanto complessa. Tuttavia sul piano pratico l'impiego dei gameti della *surrogate* ha costituito uno dei problemi principali nelle vicende giudiziarie statunitensi degli anni '80, specialmente con riguardo alla cesura del legame di filiazione con il bambino in vista dello stabilimento di un nuovo legame con la *intended mother*. In questo senso la possibilità di impiegare tecniche di fecondazione *in vitro* e quindi di gameti femminili non provenienti dalla *surrogate* ha costituito una svolta significativa<sup>19</sup>. In particolare, la prima *gestational surrogacy* ha avuto luogo nel 1985 negli Stati Uniti, con l'impiego degli ovociti della futura madre, degli spermatozoi del marito e della gestazione di una *surrogate*<sup>20</sup>.

Prima che la tecnica biomedica rendesse percorribile l'opzione del dono di ovociti con conseguente IVF, un noto caso divise radicalmente l'opinione pubblica statunitense, divenendo uno dei paradigmi giuridici di riferimento anche in ambito internazionale. Nel 1985 Mary Beth Whitehead, sposata, madre di due figli e proveniente dalla classe operaia, concluse un accordo con William Stern e sua moglie Elizabeth per divenire la loro *surrogate* a quello che allora si considerava come prezzo fisso, 10,000\$<sup>21</sup>. I coniugi, da parte loro, corrisposero anche una somma di 7,500\$ all'*Infertility Center* di Noel Keane con sede a New York<sup>22</sup>. Elizabeth Stern, affetta da sclerosi multipla, non si trovava nelle condizioni di salute idonee a portare a termine una gravidanza e così Mary Beth Whitehead accettò la fecondazione con gli spermatozoi di William Stern. Si trattava pertanto di una *traditional surrogacy*, in cui i gameti femminili dal quale si era generato l'embrione non appartenevano alla futura madre, bensì alla *surrogate*. Quest'ultima cambiò repentinamente avviso alla nascita della bambina, Sarah Elizabeth, e decise quindi di tenerla, andando incontro alla causa che gli Stern le intentarono in brevissimo tempo. In primo

<sup>19</sup> TATU N., *op. cit.*, p. 21.

<sup>20</sup> UTIAN W.H., SHEEAN L., GOLDFARB J.M. *et al.*, *Successful Pregnancy after in Vitro Fertilization and Embryo Transfer from an Infertile Woman to a Surrogate*, in *Correspondence*, in *New England Journal of Medicine*, 1985, 313 (21), pp. 1351-1352.

<sup>21</sup> Equivalenti a odierni \$22,000, come sottolinea HABERMAN C., *Baby M and the Question of Surrogate Motherhood*, in *The New York Times*, March 23<sup>th</sup> 2014, nytimes.com, visitato il 26 giugno 2018.

<sup>22</sup> *In re Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 1988 N.J. LEXIS 1, 77 A.L.R.4th 1 (N.J. Feb. 3<sup>rd</sup>, 1988).

grado, in una corte locale del New Jersey (Hackensack), il giudice Harvey R. Sorkow convalidò il contratto di *surrogacy*, attribuendo l'affidamento della bambina ai coniugi Stern. Il giudice Sorkow determinò come il contratto di surrogazione dovesse essere eseguito attraverso l'annullamento del legame di filiazione della bambina con la *surrogate* e la possibilità conseguente per la signora Stern di adottare la neonata<sup>23</sup>. Il giudice accettò inoltre l'impostazione del caso come contesa sulla *parentage*, vale a dire sull'origine della bambina intesa come definizione *materiale* di chi fossero i genitori. Simile impostazione fu invece stravolta l'anno successivo dalla *Supreme Court* del New Jersey, la quale intese la vicenda come riguardante la *custody* della bambina, vale a dire il legame *giuridico* che i diversi soggetti avrebbero o meno visto stabilire nei propri confronti e verso di lei<sup>24</sup>. La Corte assimilò la *surrogacy* all'adozione nella misura in cui in entrambi i casi il concepimento e il parto erano avvenuti grazie a una donna che in seguito non sarebbe divenuta la madre *legale* del bambino. William Stern, da parte sua, lamentava una violazione della propria "*procreative liberty*", considerandosi egli il padre di Sarah Elizabeth, da lui e sua moglie chiamata Melissa (da cui *Baby M*), ma rifiutando di riconoscere la *surrogate* come madre. Secondo la Corte Suprema del New Jersey, tuttavia, la *procreative liberty* del ricorrente non si poteva reputare lesa, stante come egli avesse effettivamente concepito una bambina con la signora Whitehead. Infatti, secondo il massimo organo giurisdizionale del New Jersey: «[t]he custody, care, companionship, and nurturing that follow birth are not parts of the right of procreation»<sup>25</sup>. Trattandosi di un ordinamento di *common law*, un valore particolare andava ad assumere la *procreative liberty* come declinazione del concetto costituzionale di *privacy*, cioè di spazio personale e privato entro cui l'individuo si definisce prima di relazionarsi con l'esterno. La libertà riproduttiva, quindi, veniva in essere come forma precipua di autodeterminazione

<sup>23</sup> *In re Baby M*, 525 A2d 1128 (NJ Super, 1987). La sentenza del 31 marzo 1987, con una motivazione di oltre cento pagine, descriveva la *surrogate* come una donna emotivamente instabile, propensa all'inizio a donare «the "gift of life"» per poi pentirsi e i coniugi Stern come coniugi devoti e genitori premurosi. A scopo puramente aneddótico, è significativo far presente come da lì a poco la "*perfect couple*" abbia divorziato; cfr. PONZANELLI G., TIZZANO A., *Corte Superiore del New Jersey, Sentenza 31 marzo 1987; Giudice Sorkow; In re Baby M.*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 111, Pt. IV: giurisprudenza comunitaria e straniera (1988), p. 97.

<sup>24</sup> STORROW R.F., *Surrogacy: American Style*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015, p. 195.

<sup>25</sup> *In re Baby M*, 537 A2d 1227 (NJ. 1988), at 1254.

e andava a ricomprendere anche la possibilità di concludere e veder eseguito un *surrogacy agreement* <sup>26</sup>. La *custody* della bambina fu dunque riconosciuta in capo a William Stern, in qualità di padre (naturale e legale), confermando quanto sancito sia in primo che in secondo grado, laddove era stata ravvisata la legittimità per Mary Beth Whitehead di avere un limitato diritto di visita alla bambina. Se da un lato la risposta offerta nei primi due gradi di giudizio rispetto al rapporto di filiazione non era mutata, dall'altro invece un altro punto era stato radicalmente sovvertito: i contratti di *surrogacy* venivano considerati *invalidi*, perché contrari all'ordine pubblico<sup>27</sup>, in quanto non rispettosi della legge statale per cui la *custody* dei figli dovesse prevedere uguali diritti e privilegi per ambi i genitori *naturali* <sup>28</sup>. Il giudice reputò comunque il pagamento, previsto dal contratto, volto non alla *compravendita* del nascituro, escludendo quindi che quest'ultimo venisse *mercificato*, bensì inteso come corrispettivo per un *servizio*<sup>29</sup>. Per tale ragione William Stern intentò una causa all'avvocato Keane, colpevole, a suo dire, di non aver saputo tracciare un corretto profilo della *surrogate*<sup>30</sup>. A corollario della vicenda si pensi come Melissa, una volta divenuta maggiorenne, abbia scelto di iniziare il procedimento per annullare il proprio legame di filiazione nei confronti di Elizabeth Whitehead e, al contempo, venire *adottata* dalla donna che l'ha cresciuta, William Stern<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> ALLEN A.L., *Privacy, Surrogacy, and the Baby M Case*, 76, in *Georgetown Law J.*, 1988, pp. 1760-1761.

<sup>27</sup> BARRY V., *Bioethics in a Cultural Context: Philosophy, Religion, History, Politics*, Cengage Learning, Boston, 2011, p. 230.

<sup>28</sup> Infatti, «[t]he surrogacy contract is based on principles that are directly contrary to the objectives of our laws. It guarantees the separation of a child from its mother; it looks to adoption regardless of suitability; it totally ignores the child; it takes the child from the mother regardless of her wishes and her maternal fitness; and it does all this... through the use of money»; *In re Baby M*, 537 A2d 1227 (NJ. 1988), at 1250.

<sup>29</sup> GALLOWAY K., *Theoretical Approaches to Human Dignity, Human Rights and Surrogacy*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015, p. 26.

<sup>30</sup> Noel Keane, sovraesposto a livello mediatico, scelse la via della mediazione e con un accordo stragiudiziale corrispose \$40,000 per i danni subiti dalla donna; VAN GELDER L., *Noel Keane, 58, Lawyer in Surrogate Mother Cases, Is Dead*, in *The New York Times*, Jan. 28<sup>th</sup> 1997, nytimes.com, consultato il 26 giugno 2018.

<sup>31</sup> Nell'unica occasione in cui Melissa Stern si è concessa ai riflettori, nella ricorrenza dei 20 anni dalla decisione del caso che l'ha vista protagonista, in un'intervista al *New Jersey Monthly* ha dichiarato: «I love my family very much and I am very happy to be with them. I'm very happy I ended up with them. I love them, they're my best friends in the whole world, and that's all I have to say about it» in BARRY V., *op. cit.*, p. 230.

Il caso *Baby M* (definito il «custody trial of the twentieth century»<sup>32</sup>) segnò la fine di un'epoca, quella degli accordi di *surrogacy* in un contesto normativo privo di vincoli, e l'inizio di una nuova, nel corso della quale diversi Stati della Federazione intervennero in breve tempo a regolare la materia<sup>33</sup>. Non è trascurabile come lo Stato del New Jersey, in seguito alla sentenza sul caso *Baby M*, non abbia proibito la pratica in questione, consentendone il ricorso e la possibilità di stabilire dei legami di filiazione a mezzo del procedimento di *adozione*. Nel marzo 2018, tuttavia, è entrato in vigore il *New Jersey Gestational Carrier Agreement Act*, che ha reso lecito per le coppie infertili l'accesso al percorso di *gestational surrogacy*, pur con una serie di specifici requisiti da soddisfare<sup>34</sup>. Infine, come si è già avuto modo di sottolineare, lo sviluppo delle tecniche di fecondazione *in vitro* ha permesso il ricorso a gameti femminili di una donatrice o dell'*intended mother*, venendo in essere la c.d. *gestational surrogacy*. Con tale tecnica il primo bambino nacque negli Stati Uniti nel 1985: l'*intended mother* era una donna di 37 anni cui era morto in grembo il figlio concepito con ricorso alla FIV e, in tale circostanza, aveva subito un'isterectomia<sup>35</sup>. Nel 1989 in Inghilterra nacque un altro bambino, grazie al lavoro congiunto di Patrick Steptoe e Robert Edwards, già autori della nascita di Louise Brown, nel 1978<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> SANGER C., *Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M*, 30(1), in *Harvard Journal of Law and Gender*, 2007, 68.

<sup>33</sup> Tra gli Stati che sancirono l'illegalità della *surrogacy* furono in un primo momento l'Arizona (Ariz Rev Stat § 25-218), la Louisiana (La Rev Stat § 9:2713), il Michigan (Mich Comp Laws § 722.855), lo Stato di New York (NY Dom Rel Law § 122), lo Utah e il District of Columbia (DC Code § 16-402(a)). Nel corso dei decenni, tuttavia, lo Utah ha legalizzato la *compensated gestational surrogacy*, mentre il District of Columbia con un *bill* del dicembre 2016, entrato in vigore nell'aprile 2017 (DC Code-D.C. Law 21-255), rende ora possibile l'accesso alla *surrogacy* a coppie etero e omosessuali.

<sup>34</sup> ARCHER ATTORNEYS AT LAW, *Gestational Carrier Agreement Act Passed in New Jersey*, in *Archer Attorneys at Law*, March 2018, archerlaw.com, consultato il 26 giugno 2018.

<sup>35</sup> UTIAN W.H., SHEEAN L.A., GOLDFARB J.M., KIWI R., *Successful pregnancy after in vitro fertilisation and embryo transfer from an infertile woman to a surrogate*, in *N Engl J Med*, 1985, 313, pp. 1351-1352.

<sup>36</sup> La nascita avvenne alla *Bourn Hall Clinic*, dopo un lungo periodo di studio e dibattito in seno al comitato etico del centro, nonché riuscendo a superare il rifiuto opposto dalla *British Medical Association* (BMA) nel 1986 e dal *Warnock Report*. Cfr. BMA: *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embriology London* (London: Her Majesty's Stationery Office, 1984); STEPTOE P.C., *Surrogacy*, in *Br Med J* 1987, 294, pp. 1688-9; BRINDEN P.R., APPLETON T.C., MURRAY E. et al., *Treatment by in vitro fertilisation with surrogacy: the experience of a single centre in the United Kingdom*, in *Br Med J*, 2000, 320, pp. 924-928.

### 3. Le legislazioni francese e italiana in materia di GPA e i primi casi giudiziari

In Francia e in Italia la GPA non è legalizzata e le norme primarie che la riguardano si fondano sulle nozioni di dignità umana (della gestante e del nascituro) e di conseguente disvalore associato alla *mercificazione* del corpo umano. In aggiunta a ciò, nella giurisprudenza in materia ricorre il concetto già evidenziato dei “*best interests of the child*”, declinati come diritto all’accesso alle proprie origini, di costruzione di una propria *identità*, nonché di diritto alla tutela della propria personalità.

In Francia, attraverso la *Loi n°94-653 du 29 juillet 1994*, è stato inserito nel Code Civil l’art. 16-7, secondo cui «[t]oute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle». A complemento di tale disposizione, l’art. 227-12, al. 3 del Code Pénal punisce «le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre». Non solo, perché l’art. 227-13 prevede una sanzione per coloro che mettano in atto una sostituzione volontaria, una simulazione o una dissimulazione volte a intervenire sullo stato civile del bambino. Tali norme sono state poste a presidio del principio di indisponibilità dello stato delle persone allorché due casi giudiziari approdati alla *Cour de Cassation* destarono forti preoccupazioni nell’opinione pubblica.

Il primo caso aveva avuto per protagonista l’associazione *Alma Mater*, impegnata nella strutturazione di una rete di contatti tra coppie infertili e donne disposte a portare a termine una gravidanza, con l’accordo di affidare alle coppie il bambino al momento della nascita. I giudici di merito avevano stabilito che lo scopo dell’associazione fosse illecito e contrario «aux bonnes mœurs», ma l’organizzazione aveva proposto ricorso avverso la pronuncia di secondo grado, sottolineando quindi avanti alla *Cour de Cassation* come lo scopo a fine *non lucrativo* dovesse essere ritenuto compatibile con l’ordinamento francese. La Corte aveva invece ribadito l’impostazione dei primi gradi di giudizio, ponendo in luce come gli accordi di GPA non solo dovessero risultare nulli ai sensi dell’art. 1128 CC (illiceità dell’oggetto del contratto), ma anche come gli stessi contravvenissero all’ordine pubblico (art. 6 CC) nel ritenere *disponibile* lo stato delle persone nel momento in cui la donna *gestante* (*mère porteuse*, nel lessico francese) rinunciava, cedendoli, ai propri diritti di *madre*. Così operando il nascituro avrebbe infatti visto sorgere dei legami di filiazione

non corrispondenti alla realtà. In aggiunta a ciò, l'attività dell'*Alma Mater* era indirizzata ad aggirare la normativa in materia di adozione (art. 353 CC), il cui fine era quello di donare una famiglia al bambino che ne fosse stato *privato*. Pertanto, secondo l'art. 3 della *Loi du 1er juillet 1901* in materia di associazioni, l'*Alma Mater* apparentemente era stata fondata al fine di perseguire un obiettivo illecito, anche qualora gli accordi in oggetto fossero stati conclusi verbalmente. La *Cour de Cassation* si era quindi pronunciata nel senso dello scioglimento dell'ente<sup>37</sup>.

Il secondo caso, del tutto analogo, era stato invece affrontato dal punto di vista della liceità non tanto dell'associazione promotrice delle relazioni tra coppie e potenziali *mères porteuses*, ma dell'oggetto dell'accordo che ne regolava i rapporti. Un accordo riconosciuto quale *contratto* dalla Corte e in questo senso, «[l]a convention, par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes»<sup>38</sup>. I principi di riferimento attengono quindi alla violazione dell'ordine pubblico e all'indisponibilità dello stato delle persone, benché quest'ultimo soffra di una parziale compressione nelle norme che ineriscono l'*adoption plénière*, analizzate in precedenza. Nondimeno era emerso il profilo della *mercificazione* dei corpi delle donne e dei nascituri, in quanto l'associazione operava a scopo di lucro. La *Cour de Cassation* aveva pertanto stabilito come un accordo volto a conseguire e portare a termine una gravidanza per *terzi* fosse in sé lesivo del diritto alla salute della donna, potenzialmente esposta ai rischi connessi alle ripetute gravidanze. L'adozione era inoltre posta in essere in seguito alla nascita ed eludeva pertanto lo scopo dell'istituto: offrire una famiglia a un bambino che ne fosse stato privato. Per la Corte una simile privazione non era riscontrabile nell'accordo di GPA, considerato come la gestante potesse essere riconosciuta a tutti gli effetti come la *madre* e come l'*abbandono* fosse in realtà concordato su base *contrattuale*. Tale sentenza, assurta agli onori delle cronache come "*arrêt des mères porteuses*", ha dunque condotto il Legislatore francese a inserire la norma di divieto nella prima *loi bioéthique* del 1994, sulla scorta dell'assunto per cui qualsivoglia accordo di GPA sia lesivo in sé dei diritti di almeno due soggetti: la *mère porteuse* e il nascituro. Alla tutela di questi ultimi provvede quindi il combinato disposto degli artt. 16-7 CC e 227-12, al. 3, CP.

<sup>37</sup> *Cour de Cassation*, Chambre civile 1, du 13 décembre 1989, 88-15.655.

<sup>38</sup> *Cour de Cassation*, Assemblée plénière, du 31 mai 1991, 90-20.105.

L'ordinamento italiano conosce un analogo divieto all'art. 12 c. 6 della Legge 40, che punisce «[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità». Anche in Italia un accordo di GPA non potrebbe soddisfare i requisiti contrattuali di possibilità (art. 1418, c.2 c.c.) e liceità (art. 1346 c.c.), stante la contrarietà alla legge degli atti di disposizione del corpo, lesivi in loro dell'ordine pubblico e del buon costume (art. 5 c.c.). Non solo, un accordo di GPA contravverrebbe anche al disposto dell'art. 1344 in quanto posto in essere in frode alla legge allo scopo di eludere la normativa vigente in materia di azione. Inoltre, un simile contratto sarebbe nullo ex artt. 1343 e 1418 in virtù della contrarietà della sua causa a norma imperativa di legge, stante l'impossibilità per l'autonomia privata di derogare sia all'art. 12 c. 6 della Legge 40, sia all'art. 269 c.3, che esprime il principio secondo cui "*mater certa est*", vale a dire per cui la madre è colei che *partorisce*. Conseguenza diretta della nullità di un accordo di GPA sarebbe la possibilità per le parti di non incorrere nella responsabilità contrattuale qualora intendessero recedere dal contratto in un qualunque momento. Il consenso dei genitori d'*intenzione*, tuttavia, apparirebbe difficilmente revocabile, vista l'applicabilità per via analogica dell'art. 6 c. 3 della Legge 40, per cui, una volta fecondato l'ovulo, il consenso è formato e irrevocabile. Al contrario, la *gestante* in un accordo di GPA *commerciale* potrebbe revocare il proprio consenso in qualunque momento, non essendo certamente permessa ai genitori d'*intenzione* l'azione di ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.), in quanto tale azione è preclusa a colui, o in questo caso colei, che abbia eseguito una prestazione dallo scopo offensivo del buon costume. La donna, in aggiunta a ciò, qualora decidesse di non affidare il bambino alla coppia *committente*, non dovrebbe affrontare neanche una responsabilità aquiliana né verso i committenti, né verso il bambino. Ciò in quanto non avrebbe luogo un danno *ingiusto*, verificato invece solo quanto il danno sia *contra ius*, vale a dire lesivo di diritti altrui, e *non iure*, cioè quanto il comportamento sia permesso e necessitato dall'ordinamento<sup>39</sup>.

Il primo caso italiano noto di GPA è stato quello di un'ostetrica salernitana, Novella Esposito, che nei primi anni '90 aveva subito un'isterectomia come conseguenza della morte in utero della bambina che aspettava, a soli tre giorni dalla data del parto. La ragazza, allora

<sup>39</sup> Per la presente disamina e un suo approfondimento si veda AZZARITO CANNELLA M., *Maternità surrogata*, in *AltaLex*, 22 agosto 2017, [altalex.com](http://altalex.com), consultato il 2 luglio 2018.

solo ventitreenne, aveva visto sfumare qualsiasi speranza di maternità *biologica* e la madre, quarantacinquenne, si era offerta di portare avanti una gravidanza per lei<sup>40</sup>. Dei tre tentativi di IVF, con i gameti di Novella e del marito, solo l'ultimo aveva dato luogo all'attecchimento dell'embrione e al principio di una gravidanza. Tuttavia, un distacco della camera gestazionale conseguente a un evento traumatico aveva provocato all'ottava settimana un aborto spontaneo alla donna che, attraverso la *gestazione* da lei portata avanti, sarebbe divenuta *nonna*<sup>41</sup>. In una recente raccolta di testimonianze e analisi dei profili giuridici e morali della Legge 40, Novella Esposito ricorda la sua partecipazione a un noto programma televisivo di approfondimento, nel corso della quale si scatenò una violenta discussione: «[s]econdo molti era immorale. Francesco D'Agostino, allora presidente del Comitato Nazionale per la Bioetica, diceva che era ripugnante, che non era etico, che i figli della riproduzione artificiale potevano avere problemi psicologici. Anzi, che sicuramente avrebbero avuto problemi psicologici»<sup>42</sup>. Novella Esposito si è a lungo, e poi definitivamente, opposta alla proposta della sorella di portare avanti per lei una gravidanza, al fine di permetterle di divenire madre a sua volta e anche con il timore che la giovane età della sorella la spingesse, unitamente alla generosità e all'affetto, a non comprendere a pieno le conseguenze del gesto<sup>43</sup>. Pur non avendo conosciuto un esito felice, la vicenda di Novella Esposito ha segnato un momento di svolta nel panorama italiano, rivelando le opportunità di un sistema allora per nulla regolato, che rendeva inoltre l'Italia meta del c.d. "*turismo riproduttivo*", specialmente in vista delle gravidanze in fase di menopausa<sup>44</sup>. A riprova della tendenziale inerzia del Legislatore, basti considerare come il primo intervento in materia sia avvenuto solo dieci anni dopo, rea-

<sup>40</sup> CORBELLINI G., LALLI C., *Bioetica per perplessi. Una guida ragionata*, Mondadori Università, Milano, 2016, p. 177.

<sup>41</sup> La tragicità della vicenda risiede anche nella causa dell'evento traumatico sul piano psichico: un grave incidente sul lavoro che aveva coinvolto il padre di Novella Esposito, rendendo necessario per la madre di lei, Regina Bianchi, una costante assistenza ospedaliera al marito con un tragitto di 120 km quotidiani. CAPUA P., *Stress, la 'mamma-nonna' perde il figlio di sua figlia*, in *La Repubblica*, 8 maggio 1994, [repubblica.it](http://repubblica.it), visitato il 2 luglio 2018.

<sup>42</sup> GALLO F., LALLI C., *Il legislatore cieco. I paradossi della legge 40 sulla fecondazione assistita*, Editori Internazionali Riuniti, Lavis - Trento, 2012, p. 106.

<sup>43</sup> *Ivi*, p. 112.

<sup>44</sup> BENAGIANO G., FILIPPI V., SGARGI S. et al., *Italian Constitutional Court removes the prohibition on gamete donation in Italy*, in *Reproductive BioMedicine Online*, 2014, 29, p. 662.



lizzando con la Legge 40 un irrigidimento estremo delle norme in materia, spesso infondate sul piano scientifico.

#### 4. Il fenomeno della Cross Border Reproductive Care

La GPA risulta vietata anche in altri Paesi europei, quali Austria, Bulgaria, Germania, Malta e Spagna. In Europa, tuttavia, alcuni Stati hanno legalizzato la GPA *altruistica*, vale a dire autorizzando esclusivamente i rimborsi per le spese legate alla gravidanza; trattasi del Belgio, dell'Olanda, della Grecia e del Regno Unito. La medesima impostazione è stata scelta dall'Australia, dal Canada e dalla Nuova Zelanda. La GPA *commerciale* è invece consentita in Russia, Georgia, Ucraina e, al di fuori dell'Europa, in Israele, India e in alcuni tra gli Stati Uniti. Infine, alcuni Paesi, tra i quali la Polonia e la Repubblica Ceca, non hanno alcuna norma di riferimento in materia<sup>45</sup>.

Perché dedicare simile spazio a quella che apparentemente assume la forma di una mera comparazione didascalica? In quanto la GPA costituisce l'oggetto per eccellenza, insieme alla PMA con dono di gameti, di quel particolare fenomeno a lungo conosciuto come "turismo riproduttivo" e definito come «the travelling by candidate service recipients from one institution, jurisdiction or country where treatment is not available to another institution, jurisdiction or country where they can obtain the kind of medically assisted reproduction they desire»<sup>46</sup>. Secondo alcuni bioeticisti, il carattere non edonistico dei viaggi volti ad avvalersi di pratiche riproduttive in Paesi stranieri<sup>47</sup> implica che la nozione di "turismo riproduttivo" evochi una ricerca

<sup>45</sup> SÖDERSTRÖM-ANTTILA V., *Results, pregnancy outcome and follow up after surrogacy*, in *Precongress Course n. 04: Surrogacy a Gift with Consequences*, Annual Meeting, ESHRE 2018, Barcelona, July 1<sup>st</sup>, 2018.

<sup>46</sup> PENNINGS G., *Reproductive tourism as moral pluralism in motion*, in *Journal of Medical Ethics*, 2002, 28, p. 338.

<sup>47</sup> René Frydman sottolinea in questo senso come: «[o]n parle de «tourisme procréatif», mais les couples ou les femmes célibataires contraints à l'exil pour contourner des interdits hexagonaux ne son pas des visiteurs en goguette. Ils assument des décisions lourdes et coûteuses». Non solo, con riferimento a sé e ai propri colleghi, Frydman sostiene come «Nous sommes devenus des agents de la circulation. Et cela bien malgré nous. Nous n'en pouvons plus d'en être réduits à arbitrer entre des prises en charge réalisées à l'étranger qu'on ne peut assurer ici, en France, avec nos patients, car la loi nous l'interdit». FRYDMAN R. F., *Le droit de choisir, Manifeste des médecins et biologistes de la procréation médicale assistée*, Seuil, Paris, 2017, pp. 14 e 17.

«dello strano, del triviale e dell'evasione delle regole»<sup>48</sup>. Pertanto negli ultimi anni è andata diffondendosi la sostituzione del concetto di "turismo riproduttivo" con quello di *Cross Border Reproductive Care* (CBRC)<sup>49</sup>, inteso dai bioeticisti internazionali, e in special modo da Guido Pennings, come fenomeno funzionale a ridurre in una data società i conflitti morali che circondano le ARTs, fenomeno in grado quindi di consentire la co-abitazione nella medesima società di differenti visioni religiose ed etiche<sup>50</sup>. Tuttavia non tutte le voci sono concordi rispetto a tale visione, criticata soprattutto da Melissa Cooper e Catherine Waldby, più propense a parlare di *turismo della fertilità*, in quanto «[l']espressione turismo della fertilità rende meglio il senso dei rapporti fra delocalizzazione, potere d'acquisto e lavoro riproduttivo, ovvero degli elementi costituenti dei mercati transnazionali in oociti e maternità surrogata»<sup>51</sup>. Secondo chi scrive, tuttavia e come si avrà modo di osservare nel prosieguo, il concetto di cure riproduttive transnazionali (CBRC) è quello preferibile. Le cause di tale fenomeno

<sup>48</sup> FERRARRETTI A., PENNINGS G., GIANAROLI L., et al., *Cross border reproductive care: A phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies*, in *Repr BioMedicine Online*, 2010, 20, come riportato da MATTALUCCI C. (a cura di), *Antropologia e riproduzione. Attese, fratture e ricomposizioni della procreazione e della genitorialità in Italia*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2017.

<sup>49</sup> Ciononostante, non solo il lessico comune continua a scontare il *bias* per cui i viaggi per scopi riproduttivi costituiscono una forma di *turismo*, ma anche quello scientifico. Nel corso dell'*Annual Meeting* 2018 dell'ESHRE una delle massime voci della bioetica in materia di fertilità, Françoise Shenfield (*Honorary Lecturer in Medical Law and Ethics* alla UCL Medical School di Londra), ha osservato con stupita delusione l'impiego della nozione di "reproductive tourism" nel corso della presentazione di CREUX H., *National survey on the opinion of French specialists in ART about societal issues to prepare the future revision of the French bioethics law*, in *Session 25: Changing ethics, changing laws*, Annual Meeting, ESHRE 2018, Barcelona, 2<sup>nd</sup> July 2018. Nel corso dello stesso anno la bioeticista e ginecologa aveva concluso uno studio per conto dell'ESHRE nel quale auspicava di «avoid the terms 'reproductive' or 'procreative tourism' because of their negative connotations and will use instead the neutral term 'cross-border reproductive care'»; SHENFIELD F., *Cross border reproductive care: The facts from the ESHRE study*, in *Access and diversity of medically assisted reproduction in Europe*, Council of Europe meeting, Strasbourg, 22-23 February 2018. Tuttavia anche alcuni contributi in prestigiose collettanee testimoniano dell'uso invalso del concetto di "turismo", cfr. PEÑA-GUZMÁN D.M., CROZIER G.K.D., *Surrogacy as Medical Tourism*, in SCOTT SILLS E., *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2016, pp. 46-54.

<sup>50</sup> MATTALUCCI C. (a cura di), *op. cit.*, in riferimento a PENNINGS G., *Reproductive tourism as a moral pluralism in motion*, in *Journal of Medicine and Ethics*, 2002, 28(6), pp. 337-441.

<sup>51</sup> COOPER M., WALDBY C., *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, DeriveApprodi, Roma, 2015, p. 95.

sono molteplici e non coincidono sempre perfettamente a seconda che ci si riferisca alla GPA o al dono di gameti. Le ragioni alla base della CBRC sono riassumibili nell'illegalità di un determinato tipo di trattamento (come la GPA in Italia o l'ovodonazione in Germania), passando dai requisiti soggettivi di accesso alla tecnica (come il divieto per le coppie di donne di accedere alla PMA con dono di spermatozoi in Italia e Francia), dalle lunghe liste di attesa (per l'ovodonazione nel Regno Unito, in Italia e in Francia), dagli elevati costi (la GPA negli Stati Uniti ha prezzi molto più elevati che in Ucraina), dall'assenza di precipua competenza tecnica o professionale (il tasso di successo dei cicli IVF con dono di ovociti in Spagna è molto più alto di quello francese), per giungere alle preferenze personali di chi ricerca tali trattamenti (particolari norme sulla privacy dei donatori)<sup>52</sup>. L'incidenza statistica della CBRC in Europa non è tuttavia apprezzabile con precisione, in quanto molti registri nazionali non prendono nota del Paese di provenienza dei *pazienti*<sup>53</sup>.

Per il dono di gameti, invero, la necessità sorge specificatamente per un duplice ordine di ragioni: l'estensione considerevole delle liste di attesa per un trattamento di PMA con dono e la penuria di gameti. In ultima istanza, indubbiamente, tutte le motivazioni evidenziate tendono a sovrapporsi e confondersi rendendo impossibile una rigida classificazione. Al contrario, una comprovata evidenza è quella per cui la pretesa *gratuità* del dono di gameti, così come promossa dagli ordinamenti francese e italiano, comporti non solo una scarsità di doni, ma si riveli anche nella propria incoerenza quando si volga lo sguardo alla concreta pratica medica. Infatti, la Cryos Denmark, banca dei gameti leader a livello mondiale, esporta dalla Danimarca la quasi totalità dei gameti maschili che raccoglie<sup>54</sup>. Benché la Cryos non sia disposta a diffondere i dati in merito<sup>55</sup>, ritenuti del tutto confidenziali, ben pochi dubbi sorgono attorno al fatto che tra i principali

<sup>52</sup> Nell'analisi cui ci si riferisce per questa sintesi delle ragioni che spingono alla CBRC, è emerso come il divieto normativo rilevi specialmente per i pazienti italiani (70.6%), francesi (64.5%), tedeschi (80.2%), e norvegesi (71.6%). SHENFIELD F., *Cross border reproductive care: The facts from the ESHRE study*, cit., Feb. 2018, [eshre.eu](http://eshre.eu), consultato il 2 luglio 2018.

<sup>53</sup> Una stima recente attesterebbe la CBRC al 5% del totale dei cicli effettuati; *ibidem*.

<sup>54</sup> Da una recente indagine parrebbe trattarsi del 95%, come riporta TATU N., *La fabrique des bébés*, p. 44.

<sup>55</sup> Richieste in merito a tali dati sono state avanzate, da parte di chi scrive, non solo nel corso di diverse occasioni congressuali, tra le quali il Primo Congresso della Fondazione PMA Italia (23-24 Febbraio 2018, Firenze) e l'*Annual Meeting* dell'ESHRE del 2018 (1-4 Luglio 2018, Barcellona), ma anche in via formale attraverso i contatti email forniti sul sito [cryosinternational.com](http://cryosinternational.com).

acquirenti si posizionino le cliniche e i reparti francesi e italiani, costantemente affetti da una *penuria* di gameti<sup>56</sup>. Ciò significa che se da un lato la *gratuità* assurge a principio ordinatore di un dato modello bioetico, dall'altro essa finisca con il divenire un mero *alibi* sul piano morale, dovendosi nella realtà impiegare *stock* di gameti acquistati da banche private. Le lunghe liste d'attesa e la scarsità di gameti si traducono nell'alta componente di coppie francesi e italiane che ricercano soluzioni ai propri problemi di fertilità in Paesi come la Spagna<sup>57</sup>, dove i donatori di gameti ricevono una "*compensation*" al pari di quanto avviene in Danimarca, Ucraina e negli Stati Uniti<sup>58</sup>. La compensazione è prevista anche a livello europeo, all'art. 12 della

<sup>56</sup> Il fondatore della Cryos, Ole Schou, che ha rassegnato le proprie dimissioni dall'azienda nel 2017, dopo 30 anni di attività, ha recentemente dichiarato come i principali *clienti*: «[a]près un démarrage avec les maris stériles, ce sont aujourd'hui les femmes seules de 30 à 40 ans qui sont devenues sa première cible, en pleine croissance, suivie par les femmes homosexuelles. La France est l'un de ses premiers marchés, et ce n'est pas le Cecos, la banque de gamètes française, où les délais d'attente pour un couple hétéro (les célibataires et les lesbiennes n'y ont pas droit) sont de deux ans en moyenne, qui risque de lui faire de l'ombre»; TATU N., *Cryos, l'Amazon du sperme: "Les Françaises aiment beaucoup nos donneurs"*, in *Nouvel Obs*, 29 jan. 2017, [nouvelobs.com](http://nouvelobs.com), consultato l'8 settembre 2019.

<sup>57</sup> A titolo meramente esemplificativo, il 20% dei pazienti che si rivolgono in Spagna all'IVI è formato da coppie, o individui single, provenienti da Francia e Italia, come evidenzia TATU N., *op. cit.*, p. 45. IVI, a partire dall'inizio del 2017 dopo la fusione con il gruppo statunitense RMANJ, è il più grande gruppo di cliniche della fertilità a livello mondiale, con più di 70 cliniche in 13 diversi Paesi, come si può verificare sul loro sito [ivi.es](http://ivi.es), consultato il 2 luglio 2018. Dal 2015, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 162/2014, il primo centro IVI italiano ha aperto anche a Roma. Comunque la penuria di gameti maschili e le lunghe liste d'attesa non costituiscono tratti caratteristici esclusivi della Francia e dell'Italia: anche il Regno Unito ne è affetto e i suoi cittadini tendono a recarsi in Spagna, Belgio e Danimarca per rimediare. Vedasi SALAMA M., ISACHENKO V., ISACHENKO E. *et al.*, *Cross border reproductive care (CBRC): a growing global phenomenon with multidimensional implications (a systematic and critical review)*, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 28<sup>th</sup> May 2018, p. 2.

<sup>58</sup> In Spagna le linee guida formulate dalla *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida* (organismo del Ministero della Salute) per implementare la *Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* stabiliscono che il dono sia *altruistico*, ma che la « *compensación económica*» debba attestarsi tra i 30 e i 50€ per i donatori e gli 800-1000€ per le donatrici; COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, *Normativa específica por materia*, in *Normativa Estatal*, [cnrha.msssi.gob.es](http://cnrha.msssi.gob.es), consultato il 4 luglio 2018. La Cryos *compensa* i donatori di seme con una cifra che varia dai 15 ai 75€. In Ucraina un donatore riceve circa 10€ e una donatrice 300€, mentre negli Stati Uniti simili cifre aumentano vertiginosamente fino a un massimo di \$300 per un donatore e \$ 7,000 per una donatrice, come ricorda TATU N., *La fabrique des bébés*, pp. 43-44.

direttiva 2004/23/CE, secondo cui: «[i] donatori possono ricevere un'indennità, strettamente limitata a far fronte alle spese e agli inconvenienti risultanti dalla donazione».

Se da un lato sembrerebbe relativamente semplice porre rimedio alla penuria di gameti maschili, stante la possibilità offerta dalla Cryos (fino al primo luglio del 2018) di inviare anche a *domicilio* i campioni di seme<sup>59</sup>, problematiche più complesse sono sollevate dalla carenza di gameti femminili, per i quali «la mecque, c'est l'Espagne»<sup>60</sup>. L'elevato numero di donatrici, infatti, rende le cliniche spagnole estremamente attrattive, nonché tra quelle con il più alto tasso di successi grazie a tecniche sempre più avanzate<sup>61</sup>. In aggiunta a ciò, ma ad appannaggio delle sole cittadine spagnole, il governo sembrava intenzionato per l'inizio del 2019 a ri-autorizzare, ponendole a carico del sistema sanitario nazionale e rendendole perciò gratuite, le pratiche di PMA con dono di seme per le donne *single* e in coppia con un'altra donna<sup>62</sup>. In uno studio del 2017, la *European Society of Human Reproduction and Embryology* (ESHRE) ha evidenziato come globalmente: «[i]n Europe, Spain and Belgium appear to be the most fre-

<sup>59</sup> La Cryos fornisce infatti un servizio online completo, disponibile in diverse lingue tra le quali l'italiano. Il seme maschile può essere inviato a un costo che varia dai 174€ ai 272€, a seconda del tipo di conservazione per cui si opta (dal ghiaccio secco al serbatoio di azoto liquido). Se il *cliente* opta per il "donatore esclusivo" e quindi per l'acquisto dell'intero *stock* di gameti di un singolo donatore, il prezzo varia da 12.000 a 30.000€. Il prezzo può essere comodamente saldato a mezzo di bonifico o carta di credito. Le consegne del delicato materiale richiedono una tempistica di uno o due giorni per i Paesi dell'Unione Europea, mentre da uno a cinque giorni per il resto del mondo. A totale garanzia del *cliente*, il collo contenente i gameti maschili viaggia con appositi documenti, grazie ai quali è anche possibile senza aggiunta di costi re-inviare alla Cryos il prezioso contenitore di azoto liquido. Dal primo luglio 2018, come si è evidenziato, la Cryos non ha più ottenuto i permessi per l'invio dei campioni di seme a singoli privati per le inseminazioni *domestiche*. La Cryos Denmark non effettua invece commercio di ovuli, rinviando alla rete Cryos statunitensi per questo precipuo servizio. Per queste informazioni e un ulteriore approfondimento, è possibile consultare il sito [dk.cryosinternational.com](http://dk.cryosinternational.com), consultato il 5 luglio 2018.

<sup>60</sup> TATU N., *op. cit.*, p. 44. In un'indagine condotta dall'ESHRE, la Spagna si distingue anche per il più alto numero di studentesse donatrici (25% del totale) e il più basso numero di donatrici con un'occupazione lavorativa. ESHRE, *Egg Donation, Fact sheet*, January 2017.

<sup>61</sup> In alcuni Paesi europei, come la Svizzera e la Germania, sussistono norme che proibiscono il dono di gameti femminili e i cittadini di tali Stati si vedono costretti a rivolgersi alle cliniche spagnole, così come a quelle ceche; si veda SALAMA M., ISACHENKO V., ISACHENKO E. *et al.*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>62</sup> P.P. AVEC AFP, *La PMA en Espagne bientôt à nouveau gratuite pour les lesbiennes et les femmes seules*, in *LeParisien*, 6 juillet 2018, [leparisien.fr](http://leparisien.fr), consultato l'8 luglio 2018; ÁLVAREZ P., *El Gobierno recupera la reproducción asistida pública para*

quently visited countries for treatment, while the USA remains a popular worldwide destination. Spain in particular - which is by far Europe's most active country in assisted reproduction with around 120,000 cycles performed in 2013 - is noted for its efficient services (minimal waiting times) and plentiful donor gametes»<sup>63</sup>. In Francia la consapevolezza delle dimensioni della CBRC è stata oggetto di una lettera del *Directeur Général de la Santé* all'ordine dei medici già nel 2013, al fine di rimarcare come l'art. 511-9 C.P. punisca ogni forma di pagamento associata ai gameti<sup>64</sup>.

La CBRC in relazione alla GPA si concretizza essenzialmente come elusione a divieti legislativi. Divieti che vengono percepiti come impositivi e distanti dal sentire di una società in cui i legami di filiazione, e prima ancora i modelli familiari, subiscono una sempre più rapida metamorfosi. In questo senso «ciò rende il diritto per l'uomo della strada una realtà ostile; in ogni caso, una realtà estranea, che egli sente enormemente distante da sé e dalla sua vita. Con un risultato che è doppiamente negativo per il cittadino e per il diritto: il rischio probabile di una separazione fra diritto e società, con un cittadino più povero perché gli sfugge di mano uno strumento prezioso del vivere civile, con il diritto sostanzialmente esiliato dalla coscienza comune»<sup>65</sup>. Trattasi in altri termini di un'istanza sociale che, non potendo venire trattenuta dalle maglie di una norma proibitiva, accetta di rivolgersi a ordinamenti più permissivi assumendo il rischio di incorrere in pesanti sanzioni per la persona e i rapporti di filiazione. Chiaramente non tutti gli Stati costituiscono valide mete per praticare una GPA e, a livello mondiale, per anni l'India è stata la meta principale delle coppie sterili in cerca di una donna disposta a portare a termine una gravidanza per loro<sup>66</sup>. Peraltro, la sterilità cui si fa riferimento in questo specifico caso non è soltanto di natura medica, ma

*mujeres lesbianas y sin pareja*, 6 jul 2018, elpais.com, consultato il 27 giugno 2019. L'Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, nel giugno 2019, non dà ancora notizia di un'avvenuta riforma in tal senso.

<sup>63</sup> EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY, *Cross border reproductive care*, in *ESHRE fact sheets*, Jan 2017, eshre.eu, consultato il 2 luglio 2018. Non solo, secondo le analisi dell'ESHRE la Spagna detiene anche il maggior numero di dono di ovociti (cresciuto del 33% dal 2013 al 2014) e di cicli di IVF con embrioni crioconservati (aumentati del 15% dal 2013 al 2014); si vd. EIM CONSORTIUM, *Spain now Europe's most active country in ART*, in *ESHRE - Focus on reproduction*, September 2017, p. 17.

<sup>64</sup> DIRECTEUR GÉNÉRAL DE LA SANTÉ, *Lettre au Président de l'Ordre National des Médecins*, 14 janvier 2013, conseil-national.medecin.fr, consultato il 2 luglio 2018.

<sup>65</sup> GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari, 2003, p. 6.

<sup>66</sup> Ivi, p. 3.

anche *sociale*: dal 2002 l'India aveva infatti legalizzato il ricorso alla GPA anche per coppie omosessuali e individui *single*. Mettendo momentaneamente da parte i requisiti soggettivi di accesso alla tecnica, occorre sottolineare come il costo medio di una GPA in India costituisca una valida ragione di preoccupazione dal punto di vista dello sfruttamento delle donne autoctone<sup>67</sup>. Infatti, se una simile cifra per i *committenti* risulta spesso contenuta o quanto meno sostenibile, essa corrisponde in media al guadagno decennale di una donna indiana delle classi sociali più povere. Il *Comité Consultatif National d'Ethique* (CCNE) pone in debita evidenza come «[d]ans la majorité des pays, les mères porteuses s'engagent pour gagner de quoi assurer leurs besoins fondamentaux : la santé, le logement, la scolarisation des enfants, parfois pour financer des études ou l'achat d'un commerce. Comme il a déjà été constaté, la grossesse pour autrui qui comporte les risques physiques propres à toute grossesse et à tout accouchement, implique que ces risques soient courus pour le bénéfice d'autrui et pour des raisons financières, même si elles sont parfois mêlées de motivations altruistes ou religieuses. Courir un tel risque en étant motivé, plus ou moins profondément, par une incitation financière constitue une figure majeure de la violence économique»<sup>68</sup>.

Lo spettro dello sfruttamento non può quindi essere facilmente fugato, a dispetto di quando sostenuto da una delle voci più eminenti del *business* della GPA indiana, la dottoressa Nayana Pater, fondatrice della clinica Akanksha, ginecologa e imprenditrice: «[c]eux qui parlent d'exploitation se trompent complètement. Ce qu'il faut comprendre, c'est que nous donnons du pouvoir économique à des femmes, qui, avant cela, n'avaient rien»<sup>69</sup>. Inoltre, tende a emergere con sempre maggiore rilevanza una particolare declinazione della GPA, la c.d. "*cross-racial gestational surrogacy*", vale a dire il caso in cui una «surrogate carries a pregnancy for intended parents of a different race» dando luogo ad «[a]cts that on the surface seem to be radically nontraditional and even artificial» che vengono «naturalized, such as a woman of color giving birth to the genetic children of a white couple»<sup>70</sup>. La complessità della materia meriterebbe una trat-

<sup>67</sup> Il costo è compreso tra i \$10,000 e i \$20,000 (contro i \$100,000 medi richiesti negli Stati Uniti laddove la GPA *commerciale* sia autorizzata); *ibidem*.

<sup>68</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 126, Avis du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017, p. 35.

<sup>69</sup> TATU N., *op. cit.*, p. 111.

<sup>70</sup> HARRISON L., *Brown bodies, white babies. The politics of cross-racial surrogacy*, New York University Press, New York, 2016, p. 2.

tazione autonoma, ma quel che rileva per il presente lavoro è essenzialmente la presa di coscienza della varietà di forme che la GPA può assumere, muovendo da quelle più estreme. In ogni caso, tra il 2015 e il 2017 la legislazione indiana è mutata addivenendo a una regolazione più rispettosa dei diritti delle donne interessate a divenire *surrogate*: esclusivamente le coppie di nazionalità indiana, anche non residenti nel Paese se qualificabili come discendenti della diaspora indiana (NRIs)<sup>71</sup>. Chiaramente la maggior tutela non va ravvisata nel dato *nazionalistico*, bensì nella possibilità di aumentare i controlli rispetto ai committenti, restringendone la potenziale platea. Il *Surrogacy Regulation Bill, 2016*, proposto dalla *Union Cabinet* in India nel 2016, ma approvato solo nel dicembre 2018, vieta la *commercial surrogacy*, consentendo la sola forma altruistica di *surrogacy*<sup>72</sup>.

La forza sociale, o forse economica, della richiesta di *surrogates* non è comunque venuta meno e sin dal 2013, quando la *surrogacy* in India è stata vietata alle coppie di uomini omosessuali, alcuni medici conniventi con reti di traffico umano hanno reso possibile l'ottenimento di visti per donne indiane verso il Nepal, dove la domanda di GPA da parte di coppie omosessuali era molto elevata; dal 2015 però il Nepal ha dichiarato illegale ogni tipo di GPA<sup>73</sup>. Analogamente hanno agito la Thailandia, che ha proibito nel 2015 l'accesso alla GPA alle coppie straniere e a quelle omosessuali<sup>74</sup>, e la Cambogia nel 2016, anche se con risultati non ottimali, considerato come di recente sia stata scoperta una rete di traffico, portando all'arresto non solo dei presunti organizzatori, ma anche delle trentatré donne incinte per

<sup>71</sup> SALAMA M., ISACHENKO V., ISACHENKO E. *et al.*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>72</sup> Alcune voci si sono sollevate interrogandosi sull'efficacia di tali norme, si veda DEY S., *The New Surrogacy Bill 2016: Is exclusion the only form of effective regulation?*, in *Journal of Reproductive Health and Medicine*, 2016, 2, pp. 53-56.

<sup>73</sup> TATU N., *op. cit.*, pp. 126-127.

<sup>74</sup> Il divieto è stato fissato dopo lo scandalo provocato dalle vicende *Baby Gammy* e della “*Baby Factory*” di Mitsutoki Shigeta. Il primo aveva riguardato una coppia di gemelli che una donna thailandese aveva dato alla luce per conto di una coppia australiana. La coppia aveva poi portato con sé la bambina, in perfetta salute, abbandonando il gemello Gammy affetto da trisomia 21; cfr PARKS J.A., *Gestational Surrogacy and the Feminist Perspective*, in SCOTT SILLS E., *op. cit.*, p. 26; FARRELL P., *Baby Gammy, Born into Thai Surrogacy Scandal, Granted Australian Citizenship*, in *The Guardian*, January 19<sup>th</sup>, 2015, theguardian.com, consultato il 2 luglio 2018. La “*Baby Factory*” è stata invece scoperta a Bangkok, dove Mitsutoki Shigeta, un ereditiere giapponese di soli 24 anni, si era servito di undici donne in qualità di *surrogates* per ottenere sedici bambini dei quali era risultato unico committente; cfr. AFP-JJJI, *Japanese 'baby factory' man wins custody of 13 kids born to Thai surrogates*, in *The Japan Time*, 20 Feb 2018, japantimes.co.jp, consultato il 5 luglio 2018.



conto di committenti; l'ipotesi più probabile è che il *business* illecito di *surrogates* si stia ora consolidando nel Laos<sup>75</sup>. Perciò dal 2015 le destinazioni più ricercate per una GPA sono divenute Russia<sup>76</sup>, Ucraina e California<sup>77</sup>, permanendo le prime due le più vantaggiose sul piano economico<sup>78</sup>. Come si è ricordato, anche gli Stati Uniti costituiscono una valida opportunità per chi cerchi di accedere a una GPA di fatto eludendo le norme che regolano la materia nel proprio Paese. Tuttavia, in assenza di una normativa federale, «[t]he current patchwork of regulations in the U.S. means that in many cases intended parents must travel to, and spend significant time in, a state with permissive surrogacy laws. In other cases, they leave the U.S. in search of

<sup>75</sup> ASSOCIATED PRESS, *Pregnant Cambodian women charged with surrogacy and human trafficking*, in *The Guardian*, 7 July 2018, theguardian.com, consultato l'8 luglio 2018.

<sup>76</sup> SALAMA M., ISACHENKO V., ISACHENKO E. *et al.*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>77</sup> MERCHANT J., LANCE D., *Surrogacy in Context: The Ukraine and the United States*, in ROZÉE V. AND UNISA SAYEED S. (dir.), *Assisted Reproductive Technologies in the Global South and North: Issues, Challenges and the Future*, Routledge Press, London, 2016, pp. 149-164.

<sup>78</sup> A titolo esemplificativo basti consultare i siti online delle cliniche della fertilità e, nello specifico, quello della BioTexCom, centro di Kiev tra i più rinomati nel settore. con una disarmante semplicità è possibile accedere alla sezione dei protocolli di ovodonazione e *surrogacy* offerti, ivi incluse delle offerte speciali a tempo. Per rendere l'idea, un percorso di *surrogacy* può essere declinato in una forma “economy” (30mila euro), “standard” (40mila euro) o “vip” (50mila euro). I diversi pacchetti includono poi, a seconda del range di spesa, una più o meno estesa gamma di servizi correlati per gli *intended parents*, che spaziano da soluzioni di alloggio nell'attesa dei risultati del trasferimento dell'embrione ai trasferimenti in auto dall'aeroporto. Non manca nemmeno la clausola “soddisfatti o rimborsati”, qualora nel percorso dovessero sorgere ostacoli insormontabili; cfr. BIOTEXCOM, CENTER FOR HUMAN REPRODUCTION, *Services*, in *BioTexCom*, mother-surrogate.info, consultato il 4 luglio 2018. Una clausola analoga si rintraccia anche nella comunicazione di alcune cliniche spagnole dedite alla IVF con gameti della coppia od ovodonazione. Il colosso della fertilità IVI, citato in precedenza, offre un programma (disponibile nelle sole sedi Spagnole, a riprova dell'alto tasso di successi che le connotano) per coppie selezionate sulla base di un buono stato di salute, garantito dalla possibilità di rimborso: «IVI Baby è una nuova iniziativa nata con lo scopo di offrire alle pazienti la tranquillità e la sicurezza che raggiungeranno il loro obiettivo. IVI Baby è la risposta alle paure e alle incertezze, è l'impegno di IVI nel permettere l'avverarsi del loro sogno di avere un bambino. Con questo programma, vedrai nascere il tuo bimbo, oppure avrai indietro quanto speso. Un percorso verso la maternità che IVI decide di affrontare insieme a te, fino alla nascita del bambino». Il successo dei protocolli è garantito in un massimo di 24 mesi e la IVI sottolinea come più del 50% dei pazienti (o *clienti*) risponde ai requisiti per accedere al programma. IVI, *IVI Baby*, in *Programma IVI Baby*, ivitalia.it, consultato il 4 luglio 2018.

surrogate abroad. More uniform acceptance of surrogacy in the U.S. will make it more widely available, and will consequently decrease the gap between those who can afford to enter into a surrogacy agreement and those who cannot»<sup>79</sup>. In altri termini, la *Cross Border Reproductive Care* (CBRC) si verifica anche a livello transnazionale negli Stati Uniti (spesso per ricercare normative favorevoli all'omogenitorialità maschile)<sup>80</sup> e per coloro che intendono sostenere dei costi ridotti, verso destinazioni straniere. In ogni caso, la rilevante difformità delle legislazioni statunitensi costituisce l'espressione di uno dei tratti tipici del federalismo locale: «[i]t is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country»<sup>81</sup>. Anzi in materia di surrogacy «the states and the public can learn from the implementation of different systems and will eventually have a better basis, including an empirical basis, for forming their surrogacy policy»<sup>82</sup>. Perché tributare una discreta attenzione alla frammentarietà delle norme che regolano la *surrogacy* negli Stati Uniti? Fondamentalmente per riconoscere come, ancora una volta, la *vulgata* in materia, veicolata da un dibattito politico più ideologizzato che riflessivo, ricostruisca un quadro ben differente dalla realtà. La GPA negli Stati Uniti non è dunque la *norma* e, anzi, un consistente numero di persone sterili si muove alla ricerca della miglior soluzione tra quelle offerte dai diversi Stati, tra i quali California e Connecticut costituiscono le migliori opzioni, in virtù delle loro tanto permissive, quanto dettagliate, legislazioni<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> FELDMAN E.A., *Baby M Turns 30: The Law and Policy of Surrogate Motherhood*, in *American Journal of Law and Medicine*, 2018, 44, p. 11.

<sup>80</sup> PERKINS K.M., BOULET S.L., LEVINE A.D. et al., *Differences in the utilization of gestational surrogacy between states in the U.S.*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2018, 5, p. 2. Per un approfondimento costantemente aggiornato sulla difformità delle legislazioni nazionali in materia di *surrogacy* negli Stati Uniti, veicolato attraverso una mappa intuitiva, si veda CREATIVE FAMILY CONNECTIONS, *Gestational Surrogacy Law Across the United States*, in *creativefamilyconnections.com*, consultato il 5 luglio 2018.

<sup>81</sup> *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 387 (1932); dissenting opinion of Justice Louis Brandeis.

<sup>82</sup> FIELD M., *Compensated Surrogacy*, in *Wash. Law Rev.*, 2014, 89, 1155, p. 1180.

<sup>83</sup> Gli autori sottolineano anche come sul totale dei cicli di *surrogacy* espletati negli Stati Uniti, circa il 18.3% è richiesto da utenti stranieri; *Ivi*, p. 3. Sul piano pratico, per favorire l'incontro tra cliniche statunitensi e pazienti, anche europei, la metodologia più diffusa è l'organizzazione di *meeting* per i quali è richiesta un'apposita registrazione: la *Circle Surrogacy*, altra agenzia di spicco nel settore, propone

La California, in particolare, ha un nutrito insieme di *case law* e *statutory law* in materia, che hanno permesso l'affermazione di un principio di prevalenza dell'elemento della *volontà* rispetto a quello della *biologia*. I casi in questione sono il più che noto *Johnson v. Calvert* e *In re Marriage of Buzzanca*. Nel primo caso, la coppia di *intended parents* aveva fatto trasferire un embrione, creato dai propri gameti, nell'utero della *surrogate*, che, dopo aver preteso il pagamento immediato della somma pattuita, aveva minacciato di tenere il bambino. Crispina e Mark Calvert intentano dunque un'azione presso la *California Supreme Court*, la quale rileva come il *California's Family Law Code* § 7601 individui tre modi per stabilire un legame di filiazione: l'esistenza di un legame genetico, il parto o l'adozione. Chiaramente, benché in questo caso vi fosse la concorrenza di due elementi, era necessario addivenire a un rapporto esclusivo. La Corte stabilì dunque la preminenza del dato della *volontà* sottolineando come i Calvert non avessero mai espresso l'intenzione di *donare* l'embrione. Analogamente nel caso *In re Marriage of Buzzanca* la *Superior Court of Orange County*, in sede di appello, individuò nella volontà degli *intended parents* la condizione senza la quale il bambino conteso non sarebbe mai nato. Inoltre, sempre la stessa Corte, operò un'analogia con le altre ARTs, sottolineando come il consenso prestato dall'uomo prima della procedura sia il requisito necessario a far sorgere il legame di filiazione tra lui e il nascituro. In aggiunta alla *case law*, il *Family Law Code* della California disciplina nel dettaglio non solo la forma dei contratti di *surrogacy* (§ 7962(a)), ma anche come i donatori di gameti non siano i genitori del nascituro fino a prova contraria (§ 7613(b),(c)), nonché il meccanismo di funzionamento dei *Prebirth Orders*, vale a dire degli strumenti giudiziari con i quali viene creato il legame di filiazione tra *intended parents* e nascituro (§ 7962(e), §7962(f)(2), §7630)<sup>84</sup>.

A corollario di quanto considerato, serve poi aggiungere come le cliniche statunitensi, rispetto a quelle ucraine, favoriscono l'incontro e, se richiesto, il maturare di relazioni tra la *surrogate* e gli *intended*

un cospicuo numeri di date e città per fornire informazioni e scambiare contatti, anche in questi Paesi dove la GPA è vietata. Per la *Circle Surrogacy*, a livello quantitativo, i primi clienti rimangono statunitensi, mentre i secondi risultano i francesi, come ha evidenziato TATU N., *op. cit.*, p. 26. L'agenda degli incontri previsti dall'agenzia è invece disponibile in CIRCLE SURROGACY, *Upcoming Events & Consultations*, circlesurrogacy.com, consultato il 5 luglio 2018.

<sup>84</sup> CABALLERO S.M., *Gestational Surrogacy in California*, in SCOTT SILLS E., *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2016.

*parents*. Differentemente i centri ucraini intendono il rapporto come strettamente *commerciale*<sup>85</sup>. Inoltre, «[c]ontrairement aux Indiennes, aux Ukrainiennes, ou aux Mexicaines, qui vivent cette gestation comme une honte, une tache sur leur réputation, pour les Américaines, c'est une performance, un don de soi»<sup>86</sup>. A supporto di simile affermazione, un recente studio ha dimostrato come le *surrogates* indiane siano esposte a un livello di depressione *pre e post partum* più elevato delle donne indiane che conducano una gravidanza per loro stesse. Tra i fattori discriminanti in questo senso spiccherebbe proprio la necessità di *nascondere* la *surrogacy* per sfuggire al biasimo sociale e, nel fugare l'attenzione sociale, la conseguente necessità di rinunciare a qualsivoglia supporto durante la gestazione<sup>87</sup>.

## 5. Il corpo della donna nella GPA: autodeterminazione e autonomia

I temi affrontati rendono manifesta la complessità delle relazioni che si instaurano non solo *tra* i diversi soggetti di una GPA, ma anche *verso* la singola donna deputata a divenire *surrogate*. Innanzitutto vi è la gravità dell'elusione della normativa nazionale e della conseguente frode alla legge operata da chi faccia ritorno nel proprio Paese tentando di simulare l'avvenimento di un parto all'estero da parte della madre d'*intenzione*. Pur tenendo conto della forte istanza sociale che spinge verso una metamorfosi degli ordinamenti nazionali, non si può ignorare come l'elusione della legge concretizzi spesso proprio lo scopo per cui la norma proibitiva era stata posta: usualmente, la tutela delle donne e dei nascituri. Va comunque notato come nei casi nei quali la CBRC si rivolga a Paesi che attribuiscono delle ragionevoli garanzie alle future *surrogate*, valutando per esempio la validità del loro consenso anche rispetto alle loro disponibilità economiche e condizioni sociali (come avviene in California, nel Connecticut e in Canada), minori preoccupazioni sorgono rispetto all'ipotesi dello sfruttamento delle donne. Al di là delle problematiche legali, vengono in essere questioni morali che, per la maggior parte, si risolvono positivamente laddove la GPA non assuma carattere commerciale ma altruistico. Quando la *commercial surrogacy* ha luogo in un contesto

<sup>85</sup> TATU N., *op. cit.*, p. 57.

<sup>86</sup> *Ivi*, p. 94.

<sup>87</sup> SÖDERSTRÖM-ANTTILA V., *Results, pregnancy outcome and follow up after surrogacy*, in *Precongress Course n. 04: Surrogacy a Gift with Consequences*, Annual Meeting, ESHRE 2018, Barcelona, 1<sup>st</sup> July 2018.

di CBRC verso Paesi dove la regolazione è tanto permissiva (come India e Thailandia soprattutto prima del 2015, come l'Ucraina, la Russia e il Messico ancora oggi), facilmente la mancanza di sviluppo socio-economico, di parità di genere e di alfabetizzazione giocano a sfavore del rispetto dei diritti della donna, spinta a donare i propri ovociti o a offrirsi come *surrogate* da condizioni assolutamente impeditive alla formazione di un consenso realmente libero<sup>88</sup>.

Da un punto di vista teorico, che si rifaccia ai principi cardine della bioetica, l'*autonomy* per essere tale deve essere composta da due elementi: *liberty* (indipendenza da ogni forma di influenza) e *agency* (capacità di porre in essere un'azione intenzionale). Seguendo i ragionamenti di Beauchamp e Childress, da parte di chi scrive appare opportuno soffermarsi non tanto sul carattere *autonomo* del soggetto che compie l'azione, quanto sulla natura *autonoma* della singola azione, pertanto isolata e contestualizzata. Tale impostazione risulta proficua nella misura in cui, come sottolineano gli autori in questione, anche un agente dotato delle capacità cognitive e comportamentali idonee a definirlo *autonomo* può subire delle costrizioni temporanee in grado di inficiarne l'effettiva autonomia<sup>89</sup>. Beauchamp e Childress pongono inoltre in evidenza il dato della frequente idealizzazione dell'agente morale, sostenendo come «[n]o theory of autonomy is acceptable if it presents an ideal beyond the reach of normal agents and choosers»<sup>90</sup>. In particolare, appare arduo concepire l'esistenza di una scelta morale del tutto scevra da vincoli, in quanto ogni azione è in realtà connotata da diversi gradi di autonomia e comprensione: «[f]or an action to qualify as autonomous in our account, it needs only a substantial degree of understanding and freedom from constraint, not a full understanding or a complete absence of influence. To restrict adequate decision making by patients and research subjects to the ideal of fully or completely autonomous decision making strips their acts of any meaningful place in the practical world, where people's actions are rarely, if ever, fully autonomous»<sup>91</sup>. Rimane dunque la necessità, secondo gli autori, di *leggere* la scelta morale entro un dato contesto, senza poter identificare in via aprioristica una definizione del *quantum* di comprensione e assenza di condizionamenti richiesto.

A tale modello, di c.d. volontà indipendente e razionale, è andata contrapponendosi la critica di alcune femministe, critica fondata sul-

<sup>88</sup> SALAMA M., ISACHENKO V., ISACHENKO E. *et al.*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>89</sup> BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F., *Principles of biomedical ethics*, Oxford University Press, New York, 6<sup>th</sup> ed., 2009, p. 100.

<sup>90</sup> *Ivi*, p. 101.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

l'assenza di un'analisi che tenga conto del dato emozionale, della reciprocità, nonché dello sviluppo della persona nel tempo. In altri termini, le teorie che attribuiscono un grande peso all'*autonomy* degli agenti morali tenderebbero a ignorare le "*communal relationships*" esistenti tra soggetti<sup>92</sup>. Un approccio ancora differente è stato poi proposto da altre voci del femminismo, che hanno inteso interpretare l'autonomia *attraverso* le relazioni. Le identità individuali sarebbero quindi il prodotto di relazioni e intersezioni di alcune determinanti sociali come genere, etnia, strutture di autorità e classe. Più nello specifico, gli agenti morali soggiacerebbero a un'imprescindibile *interdipendenza*, che talvolta potrebbe assumere forme oppressive tali da annichilire lo sviluppo delle capacità indispensabili a formare l'autonomia dei soggetti<sup>93</sup>.

Per quanto attiene alle proposte di Beauchamp e Childress, che costituiscono alcune delle linee guida del presente lavoro, occorre ancora ricordare come il paradigma di base dell'*autonomy* sia il consenso informato, validamente formato solo qualora il soggetto che ne è l'autore sia *competent*. Senza riprendere le considerazioni svolte in via generale, rimane accertato come non esista un consenso in letteratura né sulla definizione, né sullo standard di *capacità* di un individuo per prestare il proprio consenso<sup>94</sup>. Tuttavia appare condivisibile la proposta, ancora una volta, di Beauchamp e Childress, nella misura in cui la *capacità* richiesta a prestare un valido consenso si rintracci in un grado di comprensione sufficiente a intendere i principali rischi e benefici di una pratica o procedura medica, senza che questa debba essere colta nella vasta complessità di ogni suo elemento. La comprensione richiesta, dunque, non

<sup>92</sup> Si vedano i saggi in MACKENZIE C., STOLJAR N. (eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford University Press, New York, 2000; SHERWIN S., *No Longer Patient: Feminist Ethics and Health Care*, Temple University Press, Philadelphia, 1992; FRIEDMAN M., *Autonomy, Gender, and Politics*, Oxford University Press, New York, 2003; CHRISTMAN J., *Feminism and Autonomy*, in BUSHNELL D., *Nagging Questions: Feminist Ethics in Everyday Life*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1995.

<sup>93</sup> ELLS C., *Shifting the Autonomy Debate to Theory as Ideology*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 26 (2001), pp. 417-430; MACKENZIE C., STOLJAR N., *Introduction: Autonomy Refigured*, in MACKENZIE C., STOLJAR N. (eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 3-31; SHERWIN S., *A Relational Approach to Autonomy in Health-Care*, in *The Politics of Women's Health: Exploring Agency and Autonomy*, The Feminist Health Care Ethics Research Network, Temple University Press, 1998; DONCHIN A., *Understanding Autonomy Relationally*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 1998, 23, No. 4.

<sup>94</sup> BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F., *op. cit.*, p. 112.

deve essere *completa*, al fine di evitare di cadere nel tranello dell'agente morale *idealizzato*. Gli elementi salienti che il soggetto dovrà essere in grado di far proprio saranno la diagnosi, la prognosi, la natura e lo scopo del trattamento, le alternative, nonché i principali rischi e benefici. Inoltre, per i soggetti con un *pattern* di conoscenze di base realmente povero, è possibile ricorrere a dati numerici o analogie con la vita quotidiana, come validi strumenti di comunicazione e apprendimento delle informazioni<sup>95</sup>. Al di là della comprensione della procedura medica, occorre che questa sia accolta e autorizzata da un soggetto privo di condizionamenti nella forma di influenze esterne. Influenze che possono assumere tre forme generali: la coercizione, la persuasione e la manipolazione<sup>96</sup>. Tali forme di influenza possono essere moralmente *giustificate*, anche se tale operazione risulta estremamente complessa sul piano intellettuale, specialmente qualora i pazienti si trovino in condizione di disperato bisogno o di un determinato trattamento o di una fonte di guadagno. In simili circostanze, l'offerta di cure gratis oppure di una forma di pagamento può privare integralmente la persona della possibilità di operare una "*meaningful choice*"<sup>97</sup>. Gli individui maggiormente esposti al pericolo di subire un'influenza non resistibile fanno parte delle c.d. *vulnerable populations*, contraddistinte dall'incapacità di tutelare i propri interessi a causa di malattie (organiche o mentali), di status di debilitazione e/o di deficit cognitivi<sup>98</sup>.

Le considerazioni sino a qui riportate debbono poi essere declinate nel contesto della *surrogacy*, con particolare attenzione alla sua forma commerciale e transnazionale. Dal punto di vista dell'*autonomy*, valgano anche in questa sede le suggestioni già prodotte in merito a quei Paesi nei quali le condizioni socio-economiche delle donne siano tali da non permettere loro di avere un adeguato livello di *comprensione* (vista l'incidenza di un basso livello di istruzione, se non addirittura di analfabetismo), né di effettiva mancanza di *influenze* esterne (forme di coercizione, persuasione o manipolazione possono essere facilmente attuate quando la potenziale *surrogate* abbia un elevato bisogno di risorse economiche). Per quanto attiene alle proposte di lettura dell'autonomia in chiave *relazionale* si avrà modo di tornare invece nel prosieguo, al fine

<sup>95</sup> *Ivi*, pp. 127-128; gli autori sottolineano con vigore come nessuna azione sia mai *completamente* informata, volontaria e autonoma. Cfr. SREENIVASAN G., *Does Informed Consent to Research Require Comprehension?*, in *The Lancet*, 2003, 362, 9400, pp. 2016-18.

<sup>96</sup> Si rinvia al testo originale per una più diffusa trattazione delle forme di *influenza* che possono essere esercitate sull'agente morale; BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F., *op. cit.*, p. 133.

<sup>97</sup> *Ivi*, pp. 134-135.

<sup>98</sup> *Ivi*, pp. 89-90.

di offrire una disamina attenta alle più rilevanti posizioni assunte dalle principali correnti femministe. In ogni caso, alla compromissione dell'*autonomy* può far seguito un *harm* nella forma dell'esaurimento del potenziale fisiologico della donna, costretta ad accettare ripetute stimolazioni ormonali e gravidanza, con tutte le complicazioni, anche fatali, che ne conseguono (sindrome da iperstimolazione ovarica-OHSS, gravidanze multiple, emorragie *post partum* e shock)<sup>99</sup>. Ne deriva come, in simili circostanze, anche i principi di *beneficence* e di *non-maleficence* possano subire una compressione pressoché totale, nel momento in cui la *surrogate* perde, agli occhi del personale sanitario, i propri connotati di *individuo* per divenire un *mezzo* di riproduzione al servizio di terzi. Determinare il punto di vista del paziente rispetto a ciò che lo stesso reputa un bene oppure un danno, affinché il primo sia perseguito, mentre il secondo evitato è manifestamente una non-priorità quando a regolare il protocollo medico sia un interesse *commerciale* e non il benessere del paziente. Paziente che, in tal caso, viene *mercificato* e vede i propri diritti accantonati, in nome di un consenso prestato in forza di catene invisibili, quali le coercizioni economiche e sociali. Medesimo discorso vale per il principio bioetico della *justice*, secondo cui è necessario che il corpo medico osservi un "*due process*" per stabilire dei giusti limiti in ambito sanitario, con un corollario di tipo redistributivo: i beni e i servizi sanitari devono infatti essere assegnati in maniera equa, acciocché nessun individuo risulti discriminato. La volontaria indifferenza che è maturata nei confronti dei principi cardine della bioetica nei Paesi meno sviluppati ha condotto all'inevitabile conseguenza dell'istituzione non tanto di cliniche, quanto di vere e proprie reti di traffico umano nelle maglie delle quali rimangono intrappolate moltissime donne. Uno scenario differente si presenta invece all'osservatore che volga lo sguardo verso gli Stati economicamente più avanzati nei quali si pratici la *gestational surrogacy*. Ci si riferisce in particolare alla California, al Connecticut e al Canada: in tali spazi alcuni studi hanno dimostrato come le *surrogates* siano generalmente donne bianche,

<sup>99</sup> *Ibidem* e, sul medesimo tema, si vedano anche THE ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Consideration of the gestational carrier: a committee opinion*, in *Fertil Steril.*, 2013, 99(7), pp. 1838-41; LOIKE J.D., FISHBACH R.L., *New ethical horizons in gestational surrogacy*, in *J IVF Reprod Med Genet.* 2013, 1, p. 109; BRINSDEN P.R., *Gestational surrogacy*, in *Hum Reprod Update*, 2003, 9, pp. 483-91; QADEER I., *Social and ethical basis of legislation on surrogacy: need for debate*, in *Indian J Med Ethics*, 2009, 6(1), pp. 28-31; ERGAS Y., *Babies without borders: human rights, human dignity and the regulation of international commercial surrogacy*, in *Emory Int Law Rev.*, 2013, pp. 1-69.



sposate e finanziariamente in condizioni stabili, al contrario di quanto è stato per anni ritenuto<sup>100</sup>. In particolare, una *review* integrale della letteratura in materia rivela come «surrogate mothers are mature, experienced, stable, self-aware, extroverted non-conformists who make the initial decision that surrogacy is something that they want to do»<sup>101</sup>.

La *Cross Border Reproductive Care*, nella forma della *transnational gestational surrogacy* (TGS), costituisce un fenomeno in costante crescita ed è pertanto indispensabile vigilare sull'espansione della libertà di alcuni soggetti, di per sé non condannabile, affinché non coincida con la compressione, o peggio, l'annichilimento della libertà degli altri. La libertà di una *surrogate* su cui pesi una forte asimmetria sociale o di alfabetizzazione rispetto agli *intended parents* è altamente a rischio. In un modo estremamente simile a quello dei donatori di organi, considerati nei medesimi contesti sociali, economici e culturali<sup>102</sup>. L'impossibilità di garantire nei contesti svantaggiati adeguati standard sanitari ed etici alle *surrogates*, così come a donatori, donatrici e nascituri, sono stati posti in luce da numerosi organismi internazionali, tra i quali l'ESHRE<sup>103</sup>, l'*American Society for Reproductive Medicine* (ASRM)<sup>104</sup> e l'*International Federation of Fertility Societies* (IFFS)<sup>105</sup>.

## 6. Il bilanciamento dei diritti in gioco nella GPA e la freedom to procreate

Un concetto cardine rispetto all'intera tematica della PMA è la “*freedom to procreate*”, maturato in seno alle giurisdizioni statunitensi e canadesi, nelle quali i riconoscimenti costituzionali dei “*personal rights and liberties*” hanno reso semplice l'affermazione di diritti

<sup>100</sup> BUSBY K., VUN D., *Revisiting The Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Motherhood*, in *Can. J. Fam L.*, 2010, 13, 34, pp. 40-41.

<sup>101</sup> *Ivi*, p. 25.

<sup>102</sup> PORCIANI F., BORSELLINO P., *Vite a perdere. I nuovi scenari del traffico d'organi*, Franco Angeli, Milano, 2018, p. 20.

<sup>103</sup> EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY, *Cross border reproductive care*, in *ESHRE fact sheets*, Jan 2017, eshre.eu, consultato il 2 luglio 2018.

<sup>104</sup> AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Cross-border reproductive care: an Ethics Committee opinion*, in *Fertil Steril*, 2016, 106, pp.1627-33.

<sup>105</sup> INTERNATIONAL FEDERATION OF FERTILITY SOCIETIES, *IFFS Surveillance 2016*, in *Global Reproductive Health*, 2016, 1, pp.1-143.

*riproduttivi*<sup>106</sup>. Questi ultimi, rintracciabili anche in ordinamenti di *civil law*, sono però usualmente *species* rispetto a un *genus* più ampio (diritto alla salute), come avviene in Francia e in Italia. La differenza non è trascurabile: infatti negli ordinamenti statunitensi e in quello canadese la libertà procreativa non deve scaturire da una componente *patologica* per dirsi legittima. In tal modo non vi è spazio per insistere su una concezione *medica* delle tecniche riproduttive che includono un dono e non conducono ad alcuna guarigione per chi lo riceve (PMA con dono e GPA). Negli ordinamenti francese e italiano, invece, la libertà procreativa è compresa tra due limiti: la libertà di *non* procreare (relativa all'accesso ai metodi contraccettivi o al rifiuto di accedere a cure *lato sensu* per la propria infertilità, così come all'interruzione volontaria di gravidanza) e quella di procreare *naturalmente* (inerente alla scelta del partner, alla possibilità di avere rapporti sessuali e di concepire e portare a termine la gravidanza)<sup>107</sup>. La distanza concettuale delle due culture giuridiche comporta una tendenziale difficoltà, per l'osservatore estraneo all'ordinamento che si ponga in analisi, a comprendere a pieno il significato di un determinato sviluppo giurisprudenziale o normativo. La percezione secondo cui il sistema giuridico statunitense costituisca un'unità organica, in seno alla quale i valori del libero mercato orientano le scelte normative più dei principi fondamentali di rispetto dell'umano, è indiscutibilmente molto diffusa. Prova ne sia la percezione francese, assolutamente assimilabile a quella italiana, per cui il trinomio anonimato - gratuità - consenso (alla base del modello bioetico per la PMA con dono) integri un fiero baluardo morale rispetto all'*invasione* delle leggi di mercato in ambito riproduttivo. In tal senso, «[o]n dépeindra alors l'étranger comme un monde inquiétant et menaçant à la fois, où les valeurs les plus éminentes sont bafouées, où tout ce qu'il y a de plus sacré s'effondre devant la montée en puissance des forces aveugle du marché et la toute-puissance désymbolisante de la technique»<sup>108</sup>. Con ciò non si intende negare come il pensiero liberale abbia influito nella costruzione di una cultura, quella statunitense, fortemente legata alle nozioni di transazione e di razionalità della scelta. Al contrario, l'obiettivo è quello di ricordare come l'interpretazione di un fram-

<sup>106</sup> O'BYRNE K., GERBER P., *Surrogacy and Human Rights: Contemporary, Complex, Contested and Controversial*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015, p. 16.

<sup>107</sup> LALLI C., *Libertà procreativa*, Liguori Editore, Napoli, 2004, pp. 71-74.

<sup>108</sup> THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonyme et genre du don*, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 2010, p. 40.

mento di un ordinamento, specialmente quando collocato in un sistema federale, non possa prescindere da una più ampia lettura dell'ordinamento nel suo complesso. Lettura da operarsi, possibilmente, tanto da un punto di osservazione esterno, o addirittura remoto, quanto da uno più prossimo.

Indiscutibilmente la percezione e l'evoluzione della *surrogacy* negli Stati Uniti in generale, sul piano sociale, hanno tratto la propria forza da una struttura costituzionale connotata dal radicamento dei principi di libertà economica e di libertà di contrattazione (come enunciate dal *Bill of Rights* e dagli *Amendments 14, 15, 19 e 26*). In tal senso gioca un ruolo chiave la consapevolezza dei cittadini della preminenza nella propria società delle libertà individuali e collettive; consapevolezza che irrori di linfa vitale le scelte personali, specialmente quando ci si riferisca alla sfera privata e a quella familiare. Le libertà personali, tra cui quella contrattuale, non possono essere limitate o violate da parte dell'autorità, fatto salvo il caso in cui vi sia una ragionevole e giustificata causa fondata in un interesse statale<sup>109</sup>. «In particular, contractual freedom has been given persistent deference and his standing over the course of American history, and judicial decisions upholding freedom of contract have deep intellectual roots in [American] society. There is ongoing and continuing vitality of the classical freedom-of-contract doctrine, and this extends, at least philosophically, to contracts for surrogacy. The general validity of economic liberty and free-market system in the United States also minimises the negative perception of the commercialisation of certain reproductive services, including the gestational services of a surrogate. This creates a much more conducive environment for the implementation of commercialised surrogacy arrangements in the United States»<sup>110</sup>. Dal punto di vista della *case law*, l'unico caso espresso che riconosca nel *right to procreate* una *fundamental liberty* è *Skinner v. Oklahoma*. Analogamente, in relazione alle ARTs e al *right to procreate*, si rintraccia un unico caso federale, in cui una *Federal District Court* rinvenne una violazione di tale diritto in una legge che stabiliva il sorgere del legame di filiazione tra la *surrogate* e il nascituro. La norma venne quindi dichiarata *unconstitutional*, perché lesiva del *right to procreate*

<sup>109</sup> SNYDER S.H., *Reproductive Surrogacy in the United States of America. Trajectories and Trends*, in SCOTT SILLS E., *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2016, p. 276.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

degli *intended parents* (*J.R., M.R. v. Utah*)<sup>111</sup>. Inoltre occorre evidenziare come la percezione della *surrogacy* negli Stati Uniti sia mediata anche dalla particolare concezione, sul piano legale, dell'embrione umano. Entità che si colloca al crocevia tra la *property* e la persona e che, pertanto, merita una precipua tutela<sup>112</sup>. Nello specifico i soggetti che richiedono la creazione di un embrione dai propri gameti, al fine di vederlo poi trasferire, vantano un “*proprietary interest*” verso quell'embrione sin dal momento del suo concepimento. Si tratta di un interesse che include non solo la possibilità di esercitare decisioni in merito al suo uso, ma anche il controllo dell'embrione stesso e la sua “*ownership*”<sup>113</sup>. Pertanto, nella prospettiva statunitense, gli *intended parents* che richiedano di trasferire un proprio embrione nell'utero di una *surrogate* operano di fatto un affidamento *temporaneo* del nascituro alle cure della donna che porterà a termine la gestazione, senza che sorga alcun legame di filiazione tra la donna e il bambino; in tal senso la retribuzione viene intesa come pagamento per un *servizio*<sup>114</sup>.

La libertà procreativa, quindi, risulta nell'ordinamento federale degli Stati Uniti e in quello canadese «as much a tenet of liberalism as the concomitant freedom of contract. A foundational principle of classical contract theory and a pillar of the common law, freedom of contract supports the rights of both intended parents and the birth mother to enter into and enforce a surrogacy agreement»<sup>115</sup>. Tuttavia il principale problema che sorge dal passaggio dalla *procreative freedom* alla libertà contrattuale è che la seconda assume la presenza di due (o più) soggetti razionali in grado di operare una scelta libera e consapevole, ma non è in grado di operare uno spontaneo bilanciamento delle relazioni di potere in gioco. Come si è già avuto modo di rimarcare, l'effettiva integrità del consenso di una donna che si presti a divenire una *surrogate* laddove ella viva in un contesto fortemente strutturato sulla disuguaglianza di genere, o manifestamente sottosviluppato sul piano sociale ed economico, non può essere assunta quale solida presunzione, anzi. Su questo punto nei decenni si sono sollevate molteplici e autorevoli voci, le une sottolineando l'assoluta preminenza della libertà di scelta (scevra quindi da qualsivoglia interfe-

<sup>111</sup> *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942; *J.R., M.R. v. Utah*, 261 F. Supp. 2d 1268 (D. Utah 2002).

<sup>112</sup> *Davis v. Davis*, 842 S.W. 2d 588 (Tenn. 1992).

<sup>113</sup> *Ibidem*; *York v. Jones*, 717, F. Supp. 421 (E.D.Va. 1989).

<sup>114</sup> SNYDER S.H., *op. cit.*, p. 278.

<sup>115</sup> O'BYRNE K., GERBER P., *Surrogacy and Human Rights: Contemporary, Complex, Contested and Controversial*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015, p. 17.

renza statale)<sup>116</sup>, le altre articolando la tematica in una distinzione tra “*reproductive rights*” e “*reproductive justice*” e sostenendo come i primi da soli integrino sì una condizione necessaria al realizzarsi della seconda, ma non sufficiente<sup>117</sup>.

## 7. Le molteplici voci del movimento femminista rispetto alla GPA

Proprio in questo campo si consuma la battaglia intellettuale tra liberismo e femminismo in tutta la sua eterogeneità, comprensiva anche, e soprattutto, della politicizzazione del corpo delle donne. Per ciò che attiene alla *freedom to procreate*, il dibattito si ramifica quindi in due fronti ben distinti. L'approccio liberale ritiene una deriva di stampo paternalista la costante *vittimizzazione* della donna, che conduce ad accettare l'assunto per cui impedirle di portare in grembo un feto destinato a nascere per essere affidato alle cure dei genitori (siano essi *genetici* o *sociali*) costituisca sempre una tanto legittima, quanto necessaria tutela nei suoi confronti. In altri termini, costituisce pensiero «paternalistic to assume that individuals choosing to be donors or surrogates are incapable of making rational, informed choices»<sup>118</sup>. Simile impostazione conosce un'estremizzazione nella visione di Robertson, laddove l'autore ritiene che impedire alle donne «who wish only to gestate» di poter divenire delle *surrogate* integri una consistente compressione dei *diritti* delle stesse. Tuttavia «his view implicitly adopts a disembodied and individualistic approach to the surrogacy transaction»<sup>119</sup>. L'approc-

<sup>116</sup> ROBERTSON J.A., *Embryos, Families and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction*, in *Southern California Law Review*, 1986, 59, p. 1013.

<sup>117</sup> In questo senso sono stati evidenziati quattro principi trasversali ai diritti riproduttivi e a quelli umani in generale: *choice* (la donna deve poter avere una scelta rispetto al se e al quando sostenere una gravidanza), *privacy* (le scelte individuali rispetto all'intimità sessuale e alla gestazione appartengono alla sfera privata), *freedom from governmental interference* (nel senso in cui l'interferenza non deve avvenire in una scelta *medica* assunta da un soggetto con l'aiuto del proprio medico) e, infine, *personal autonomy* (intendendo dunque la libertà di assumere decisioni riguardanti il proprio corpo quale componente fondamentale dell'*autonomy*). LONDON S., *Reproductive Justice: Developing a Lawyering Model*, in *Berkeley Journal of African American Law and Policy*, 2011, 13, pp. 71-76.

<sup>118</sup> ANDREWS L.B., ELSTER N., *Regulating Reproductive Technologies*, in *Journal of Legal Medicine*, 2000, 21, 1, p. 41.

<sup>119</sup> GALLOWAY K., *Theoretical Approaches to Human Dignity, Human Rights and Surrogacy*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015, p. 23.

cio liberale classico, inoltre, intende gli accordi di GPA come volti alla creazione di una nuova vita (o più, in caso di gravidanze multiple). In questo senso, seguendo la premessa kantiana che ha informato la cultura giuridica occidentale, specialmente nella formulazione dei diritti umani, tanto gli *intended parents*, quanto la *surrogate* ed eventuali donatori divengono *mezzi* per creare quella vita. Al contrario, l'approccio femminista scorge il *fine* della GPA nella creazione di una nuova *famiglia* e, pertanto, decifra il ruolo della gestante, nonché il nascituro stesso, quale meri *mezzi* per soddisfare quel dato desiderio di genitorialità.

Se la contrapposizione concettuale tra la visione liberale e quella femminista ha una sua legittimazione, una più attenta analisi non può comunque prescindere da due considerazioni. La prima riguarda la varietà, nonché la ricchezza, del panorama femminista e delle sue voci. La seconda, invece, la presenza di una corrente liberale in seno al femminismo rispetto al tema della GPA. Come punto di partenza per l'analisi di questo panorama multiforme si assumano le prime risposte femministe alla pratica della *surrogacy* negli Stati Uniti, risalenti agli anni '80 del secolo scorso, secondo le quali la *surrogacy* integrava una forma di "*reproductive prostitution*", nonché di traffico di esseri umani, integralmente riconducibile al più ampio sistema capitalista e patriarcale, volto al controllo dei corpi femminili<sup>120</sup>. Simile impostazione, di cui Andrea Dworkin rimane una delle voci più autorevoli, è stata integrata da alcune studiose e attiviste più radicali, che rintracciato «in reprotch a male, technocratic effort to harness and control women's reproductive capacity for eugenic and oppressive ends»<sup>121</sup>. Tra gli anni '90 e i primi anni 2000 l'attenzione verso le ARTs in generale è andata rinnovandosi nella forma dell'indagine antropologica della parentela, specialmente a opera di Marilyn Strathern e Sarah

<sup>120</sup> Per Andrea Dworkin, in particolare «[m]otherhood is becoming a new branch of female prostitution with the help of scientists who want access to the womb for experimentation and power... Women can sell reproductive capacities the same way old-time prostitutes sold sexual ones but without the stigma of whoring because there is no penile intrusion, Is is the womb, not the vagina, that is being bought»; DWORKIN A., *Right-wing women: The politics of domesticated females*, Perigee Books, New York, 1983, pp. 198-188; RAYMOND J.G., *The international traffic in women: Women used in systems of surrogacy and reproduction*, in *Reprod. Genet. Eng.*, 1989, 2 (3); ROTHMAN B.K., *Cheap labor: Sex, class, race and 'surrogacy'*, in *Society*, 1988, 25 (3), pp.21-23; WARNOCK M., *A question of life: the Warnock Reporton - Human fertilisation and embryology*, Oxford and New York, Basil Blackwell, 1985.

<sup>121</sup> BRIGGS L., *Reproductive technology: Of labor and markets*, in *Fem. Stud.*, 2010, 36 (2), pp. 359-374.

Franklin<sup>122</sup>. Le ARTs in generale, e la *surrogacy* in particolare, iniziavano a venir studiate come fenomeni intrinsecamente contraddittori, in grado di sovvertire e rafforzare i ruoli di genere, gli ideali di famiglia e il concetto di *maternità*<sup>123</sup>.

Il differenziarsi delle posizioni delle studiose a cavallo tra gli anni '90 e i primi anni 2000 può essere ricollegato alla divergenza sorta tra seconda e terza ondata femminista<sup>124</sup>, che ha visto il riemergere delle posizioni della seconda ondata in relazione al venire in essere della *transnational gestational surrogacy* (TGS). In particolare, Kajsa Ekis Ekman ha sostenuto come la *surrogacy* vada intesa come “*extended form of prostitution*”, in cui il corpo della donna diviene un mero mezzo al servizio dei *desideri* di un uomo: «[i]t is the same division of the Self and the body, person and function, mother and child, soul and sexuality. And the same fear that the two will be reunited. The division is made sacred while the unity is demonized»<sup>125</sup>. In tale frangente

<sup>122</sup> STRATHERN M., *Reproducing the future: essays on anthropology, kinship and the new reproductive technologies*, Manchester University Press, Manchester, 1992; STRATHERN M., *Displacing knowledge: technology and the consequences for kinship*, in GINSBURG F., RAPP R. (eds.), *Conceiving the new world order: The global politics of reproduction*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1995, pp. 346–363; STRATHERN M., *Surrogates and substitutes: new practices for old?*, in GOOD J., VELODY I. (eds.), *The Politics of Postmodernity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 182–209; FRANKLIN S., *Embodied progress: A cultural account of reproduction*, Routledge, London, 1997; FRANKLIN S., RAGONÉ H., *Reproducing reproduction: Kinship, power, and technological innovation*, University of Pennsylvania, 1998.

<sup>123</sup> STUVØY I., *Troublesome reproduction: surrogacy under scrutiny*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2018, 7, p. 35; GOSLINGA-ROY G.M., *Body boundaries, fiction of the female self: An ethnographic perspective on power, feminism, and the reproductive technologies*, in *Fem. Stud.*, 2000, 26 (1), pp. 113–140; RAGONÉ H., *Surrogate Motherhood. Conception in the Heart*, Westview Press, Boulder, San Francisco & Oxford, 1994; THOMPSON C., ‘Quit Snivelling, Cryo-Baby, We’ll Work Out Which One’s Your Mama!’: *Kinship in an infertility clinic*, in: DAVIS-FLOYD R., DUMIT J. (eds.), *Cyborg Babies: From Techno-Sex to Techno-Tots*, Routledge, New York and London, 1998, pp. 40–66; THOMPSON C., *Making parents: the ontological choreography of reproductive technologies*, MIT Press, Cambridge and London, 2005.

<sup>124</sup> Come hanno evidenziato, tra le altre, THOMPSON C., *op.cit.*, 2005; CASALINI B., *Il femminismo e le sfide del neoliberismo. Postfemminismo, sessismo, politiche della cura*, IF Press, Roma, 2018, p. 9.

<sup>125</sup> EKMAN K.E., MALM H.M., *Commodification or compensation: a reply to Ketchum*, in BEQUAERT H.M., PURDY L.M. (eds.), *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, Bloomington, Indiana University Press, 1992, p. 297. Sempre sul parallelismo tra prostituzione e *surrogacy*, a opera di Kajsa Ekis Ekman si veda: EKMAN K.E.,

storico sono emerse le prime voci abolizioniste, che hanno tratto la propria forza dal constatare come quella che pareva un'evoluzione plausibile a metà anni '80 fosse divenuta una realtà fattuale negli anni 2000<sup>126</sup>. Si tratta del riferimento che Aditya Bharadwaj ha operato verso quello che Genea Corea riteneva un futuro distopico in cui gli Stati Uniti avrebbero *esternalizzato* in Messico la *surrogacy*, in una maniera analoga a quanto già accaduto per il lavoro industriale<sup>127</sup>.

Attualmente due delle principali correnti di pensiero sulla GPA sono, da un lato, quella del *liberal feminism* e, dall'altro, quella delle *feminist care ethicists*. Secondo alcuni studiosi e studiose di approccio *liberale*, la TGS che vede gli *intended parents* provenire da contesti socio-economici più avvantaggiati delle *surrogates* comporterebbe alcuni benefici per entrambe le parti. Gli *intended parents*, infatti, vedrebbero riempire di significato due libertà individuali: quella di *scelta* (potendo porre una ragguardevole distanza fisica tra di loro, con il neonato, e la donna gestante) e quella *contrattuale*. Le *surrogates*, dal canto loro, trarrebbero il beneficio di acquisire un introito utile a sollevare le proprie famiglie da condizioni precarie, operando delle scelte *autonome* sulla disposizione del proprio corpo. In tal senso alcune femministe *liberali* ritengono che spesso le potenziali *surrogates* siano trattate alla stregua di soggetti incapaci, mettendo in discussione l'intrinseca libertà di questi soggetti, senza valutarne le effettive circostanze di scelta<sup>128</sup>. Kimberly Mutcherson riporta inoltre come alcune *gestational surrogates* testimonino dei *benefici* dell'esperienza per le loro esistenze, tanto sul piano psicologico, quanto su quello economico. Non solo, perché secondo l'autrice la *surrogacy*, e le ARTs in generale, potrebbero rendere più fragili le "*racial hierarchies*" dissociando la "*phenotypic race*" del genitore da quella del bambino; una visione perfettamente opposta a quella proposta da

HELLERSTRÖM L., *The Swedish Women's Lobby. A feminist no to surrogate motherhood*, in DAVIES M. (ed.), *Babies for sale? Transnational surrogacy, human rights and the politics of reproduction*, ZED, London, 2017.

<sup>126</sup> BHARADWAJ A., *The other mother: supplementary wombs and the surrogate state in India*, in KNECHT M., KLOTZ M., BECK S. (eds.), *Reproductive Technologies as Global Form. Ethnographies of Knowledge, Practices, and Transnational Encounters*, Campus Verlag, Frankfurt & New York, 2012.

<sup>127</sup> COREA G., *The mother machine. Reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*, Harper and Row, New York, 1985.

<sup>128</sup> PARKS J.A., *Gestational Surrogacy and the Feminist Perspective*, in SCOTT SILLS E., *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2016, p. 27.



Laura Harrison, Melissa Cooper e Catherine Waldby<sup>129</sup>. Nondimeno, secondo Mutcherson, la *surrogacy* sfiderebbe le norme di genere e riscriverebbe radicalmente il significato della riproduzione, in un senso più orientato verso l'autonomia decisionale e la libertà individuale<sup>130</sup>.

Per le *feminist care ethicists*, invece, le scelte morali avrebbero come fondamento un'attitudine alla cura dell'altro, in quanto tutti gli individui sarebbero concepiti, cresciuti e opererebbero le proprie scelte al centro di una rete di relazioni. In altri termini, anche in questa visione il contesto gioca un ruolo fondamentale, ma andrebbe apprezzato come *rete*, considerando ogni soggetto "*socially embedded*" al punto da non poter prescindere dalle relazioni sociali, affettive e di cura nel momento in cui ponga in essere una decisione di natura morale<sup>131</sup>. In questo senso, per esempio, «being a mother entails having certain obligations with respect to your child that are not share by others» e pertanto una *surrogate* verrebbe meno ai propri doveri di cura verso il nato nell'affidarlo ad altri, compromettendo il funzionamento di una rete socio-affettiva imprescindibile<sup>132</sup>. Inoltre, la considerazione della donna e del nascituro in qualità di soggetti posti al centro di una rete di relazioni implica che l'indagine sull'autonomia delle *surrogates* vada condotta immaginandole immerse nelle loro relazioni di cura, vale a dire con una visione molto più inclusiva «because it recognizes that all of us are either in need of care or are providing care for others. Caring practice is what makes each of us part of a community, a political system, and an economic system»<sup>133</sup>.

Come evidenziato da Jennifer A. Parks, le *feminist care ethicists* richiedono che tale rete relazionale, con il suo potere di influenza sui soggetti, vada analizzata anche in riferimento alle donne che c.d. com-

<sup>129</sup> HARRISON L., *Brown bodies, white babies. The politics of cross-racial surrogacy*, New York University Press, New York, 2016; COOPER M., WALDBY C., *Biavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, DeriveApprodi, Roma, 2015, p. 97, in cui si parla di meccanismi di riproduzione commerciale della "whiteness".

<sup>130</sup> MUTCHERSON K.M., *Transformative reproduction*, in *Journal of Gender, Race, and Justice*, 2013, 16(1), pp. 187-233. Secondo l'autrice, inoltre, sarebbe errato rappresentare gli Stati Uniti come il *Wild West* della riproduzione, in quanto a presidiare i trattamenti per la fertilità sarebbero le medesime norme che regolano l'intero sistema sanitario, MUTCHERSON K.M., *Welcome to the Wild West: protecting access to cross border fertility care in the United States*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2012, 22(2), p. 316.

<sup>131</sup> *Ibidem*; TRONTO J., *Moral boundaries: A political argument for an ethic of care*, New York, Routledge, 1993.

<sup>132</sup> PARKS J.A., *op.cit.*, pp. 28-29.

<sup>133</sup> *Ivi*, p. 27.

missionanti della *surrogacy*. Se da un lato, infatti, la rete di relazioni che rende gli individui parti di un sistema politico ed economico può spingere donne in difficoltà a scegliere di divenire *surrogates*, dall'altro lato e in modo simile, questa rete può esercitare un'influenza su donne con maggiori capacità finanziarie, ma con difficoltà riproduttive. Ciò in quanto, all'interno di società nelle quali la procreazione *biologica* è valutata molto positivamente, le donne sono oggetto di giudizio e discriminazione qualora non siano in grado di generare prole *geneticamente* legata e questo dato spingerebbe le donne a ricercare una *surrogate*. Per tale ragione sarebbe difficile ritenere del tutto autonoma la scelta delle une e delle altre, in quanto le loro istanze si iscriverebbero in una struttura socio-economica risultato del retaggio di norme patriarcali secolari<sup>134</sup>. Nello specifico si tratterebbe di un'influenza culturale di stampo espressamente biologista e pronatalista, in quanto le «[b]iologicistic ideologies promote the idea that genetic relationships are more natural and more desirable than non-genetic... it is a socially constructed ideology about how families ought to be»<sup>135</sup> e il «[p]atriarchal pronatalism (i.e. essentializing women as reproducers and defining them in terms of their reproductive status) measures an individual woman's ultimate worth on her ability to bear children and achieve motherhood»<sup>136</sup>. Pertanto, secondo Jennifer A. Parks, le donne infertili o sterili sarebbero comunque agenti morali razionali, ma vulnerabili perché soggette ad aspettative derivanti da norme sociali sul loro *ruolo* riproduttivo. Analogamente, le potenziali *gestational surrogates* sarebbero agenti razionali nonostante peculiari circostanze di povertà o difficoltà, ma non potrebbero vedersi ascrivere una responsabilità morale verso il nascituro se non a condizioni di vedersi attribuire anche dei diritti morali rispetto al medesimo bambino<sup>137</sup>. Alcune femministe hanno tuttavia messo in luce come, a prescindere da qualsivoglia riconoscimento, la gravidanza possa modificare nella donna non solo la percezione della propria *corporeità*, ma anche di se stessa quale agente morale<sup>138</sup>.

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> PETRAPANAGOS A., *Fertility preservation technologies for women: a feminist ethical analysis*, Ph.D. thesis, University of West Ontario, Electronic Thesis and Dissertation Repository, Paper 1299, 2013, note 17, p. 43.

<sup>136</sup> *Ivi*, p. 36, più in particolare il «[p]atriarchal pronatalism is a coercitive social bias, which grounds women's identities on they reproductive roles and mandates that women bear men's genetic children».

<sup>137</sup> PARKS J.A., *op. cit.*, p. 30.

<sup>138</sup> SHANLEY M.L., «*Surrogate mothering*» and women's freedom: a critique of contracts for human reproduction, in BOLING P. (ed.), *Expecting Trouble: Surrogacy, Fetal Abuse and New Reproductive Technologies*, Boulder CO, Western Press,

Volgendo l'attenzione proprio al tema della *moral agency*, occorre porre in luce le voci di quelle studiose che hanno indagato i concetti di *scelta* e di *autonomia*. Innanzitutto, secondo Amrita Pande, che ha realizzato un'analisi cospicua della *surrogacy* in India, questa pratica sarebbe divenuta negli ultimi anni prima della riforma un'autentica "*rational economic strategy*". In tal senso differenti condizioni finanziarie e sociali renderebbero remota la possibilità che una donna consideri l'opzione di divenire una *gestational surrogate*<sup>139</sup>. A corollario di ciò, Vrinda Marwah torna a evidenziare come la contrapposizione tra la libertà di scelta e la coercizione limiti la lettura del fenomeno, che andrebbe invece studiato e regolato con puntuale attenzione ai singoli contesti<sup>140</sup>. A ciò Mary Lyndon Shanley aggiunge come l'analisi dell'*autonomy* sia resa complessa dal legame fisico tra donna e bambino, che rende intrinsecamente la *gestational surrogate* forse libera, ma mai autonoma. Sostenere il contrario comporterebbe fraintendere radicalmente il rapporto della donna sia con il nascituro, sia con il proprio "*ongoing self*"<sup>141</sup>. Per altre studiose, al contrario, l'esperienza di divenire *surrogate* non proverrebbe da un'assenza di *agency*, bensì andrebbe a produrne, in quanto le donne realizzerebbero la «*surrogacy more about personal agency, gift giving, heroism, and birthing mother*»<sup>142</sup>. Pande, Marwah e Shanley si collocano in

1995, pp. 156-77; MACKENZIE C., *Abortion and embodiment*, in *Australasian J Phil*, 1992, 70(2), pp. 136-55; YOUNG I.M., *Throwing Like a Girl and Other Essays in Feminist Philosophy and Social Theory*, Indianapolis, Indiana University Press, 1990.

<sup>139</sup> PANDE A., *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*, New York, Columbia University Press, 2014, pp. 8 e 20.

<sup>140</sup> Infatti «[t]oo much 'choice talk' obscures the structural and systemic forces acting on apparently free choice; but at the same time, focusing only on how a particular context has compelled a particular choice ignores the negotiation, fluidity and complexity in choices, and reduces the woman in question to a passive victim. The coercion versus choice argument set up a binary of its own, when in fact it may be more appropriate to argue that there is no such thing as an absolutely non-coercitive context, just as 'free' in 'free choice' is relative. Thus, all choices are restrained, and what we are all always confronting is a difference of degree, not kind»; MARWAH V., *How surrogacy is challenging our feminism*, in SAROJIMI N., MARWAH V. (eds), *Reconfiguring Reproduction: Feminist Health Perspectives on Assisted Reproductive Technologies*, Chicago, University of Chicago Press, 2014, p. 292

<sup>141</sup> SHANLEY M.L., *Making Babies, Making Families: What Matters Most in an Age of Reproductive Technologies, Surrogacy, Adoption, and Same-Sex and Unwed Parents*, Beacon Press, Boston, 2001, p. 113.

<sup>142</sup> TEMAN E., *Birthing a Mother: The Surrogate Body and the Pregnant Self*, University of California Press, Berkeley, 2010, p. 5.

quella che può essere classificata come una corrente *reformista*, secondo cui la *surrogacy* non solo è una scelta razionale e strategica, ma spesso costituisce una valida alternativa a lavori ritenuti dalle *surrogates* stesse non solo più logoranti, ma ancora più stigmatizzanti, come lo svolgimento di lavori domestici per famiglie abbienti<sup>143</sup>. La bioeticista Laura Purdy argomenta a questo proposito come la critica rivolta allo sfruttamento economico delle *gestational surrogates* dipenda soprattutto dall'ignoranza del tipo di rischi che corrono quotidianamente le persone della *working-class* e che quindi vada dimostrato in modo rigoroso come la *surrogacy* sia un'opzione peggiore rispetto al lavoro industriale<sup>144</sup>.

Approccio differente è quello della corrente *abolizionista*, che concentra i propri sforzi intellettuali sul valore della maternità biologica in qualità di relazione. Barbara Katz Rothman, pochi anni dopo il caso *Baby M*, aveva chiarito come la «[b]iological motherhood is not a service, not a commodity, but a relationship»; pertanto, l'elemento peggiore della *surrogacy* pertanto non sarebbe la rottura del legame genetico, bensì della «*nurturant relationship*» tra donna e feto<sup>145</sup>. Janice Raymond e Genea Corea, concordando su questa visione, hanno aggiunto l'una come la parte caratterizzante della gravidanza sia quella relazionale (mentre quella biologica sia marginale) e l'altra come le *gestational surrogates* subiscano un trattamento alla stregua di «incubators, receptacles, a kind of hatchery, rented property, or plumbing»<sup>146</sup>.

Le correnti libertaria, riformista e abolizionista si collocano evidentemente in posizioni divergenti per ciò che attiene la normativa esistente e quella futuribile. Nella visione libertaria si iscrivono Kimberly Mutcherson e Judith Daar, che sostengono come i vigenti meccanismi regolativi della *surrogacy* negli Stati Uniti siano sufficienti e che il libero mercato agevoli al massimo le *scelte riproduttive* dei soggetti di ambo i sessi<sup>147</sup>. Mutcherson, nello specifico, non auspica l'av-

<sup>143</sup> PANDE A., *op. cit.*, p. 20; cfr. anche MADGE V., *Gestational surrogacy in India: the problem of technology and poverty*, in DASGUPTA S., DASGUPTA S.D., (eds.), *Globalization and Transnational Surrogacy in India: Outsourcing Life*, Lexington Books, Lanham, 2014, p. 49.

<sup>144</sup> PURDY L.M., *Another look at contract pregnancy*, in HOLMES H.B. (ed.), *Issues in Reproductive Technology: An Anthology*, New York, Garland, 1992, p. 325.

<sup>145</sup> ROTHMAN B.K., *Recreating Motherhood: Ideology and Technology in a Patriarchal Society*, New York, Norton, 1989, p. 238.

<sup>146</sup> COREA G., *op. cit.*, p. 222.

<sup>147</sup> MUTCHERSON K.M., *Welcome to the Wild West*, p. 316; DAAR J., *Regulating reproductive technologies: panacea or paper tiger*, in *Houston Law Review*, 1997, 34, p. 615.

vento di normative internazionali, a fronte dell'assenza di un consensus in materia e del conseguente rischio che alcuni valori nazionali, non condivisi, possano prevalere a scapito di altri, rendendo così la regolazione limitativa e insoddisfacente<sup>148</sup>. Le studiose riformiste, invece, si distinguono tra loro offrendo proposte più o meno dettagliate, ma concordano sulla difficoltà, e spesso il rifiuto, di lasciare alle forze del mercato la preminenza nel controllo della sfera intima, più che privata, delle donne e dei nascituri<sup>149</sup>. Al contempo Namita Kohli, tra le altre, ha sottolineato come l'abolizione totale della *surrogacy* comporti la nascita o il rafforzamento delle reti clandestine e, al contempo, lo spostamento della richiesta verso altri Paesi, come si è potuto verificare in seguito alla riforma in India<sup>150</sup>. Sonia Allan ha invece stilato delle raccomandazioni specifiche per quello che dovrebbe essere lo *standard* di normativa per la *surrogacy*, a partire dalla previsione di una consulenza legale e psicologica indipendente per le parti in causa (estranea quindi ai servizi offerti dalle cliniche o dalle agenzie), passando attraverso modelli di pagamento trasparenti, nonché di requisiti rigorosi per la scelta della *gestational surrogate*, della raccolta dei dati sanitari e della loro *disclosure* al nascituro, per arrivare ad assicurare il carattere esecutivo dei contratti di *surrogacy*<sup>151</sup>. Nondimeno, secondo Katherine B. Lieber è possibile che un'adeguata legislazione, nella quale siano le donne a prendere il controllo delle tecnologie riproduttive, e non il contrario, posso offrire un'adeguata soluzione ai principali problemi di ordine morale<sup>152</sup>. Infine, la corrente abolizionista non accetta, logicamente, alcun tipo di soluzione normativa, ritenendo che la pratica implichi una violazione non solo dei diritti, ma prima ancora del valore morale delle

<sup>148</sup> MUTCHERSON K.M., *Welcome to the Wild West*, p. 316.

<sup>149</sup> MANIERE E., *Mapping Feminist views on commercial surrogacy*, in DAVIES M. (ed.), *Babies for sale? Transnational surrogacy, human rights and the politics of reproduction*, ZED, London, 2017, p. 320.

<sup>150</sup> KOHLI N., *Outsourcing motherhood: India's reproductive dystopia*, in *Hindustan Times*, 26<sup>th</sup> July, 2015, [hindustantimes.com](http://hindustantimes.com), consultato il 9 Settembre 2019.

<sup>151</sup> ALLAN S., *The surrogate in commercial surrogacy: legal and ethical considerations*, in GERBER P., O'BYRNE K. (eds.), *Surrogacy, Law, and Human Rights*, Aldershot, Ashgate, 2015, pp. 137-139. Le raccomandazioni sono declinate nel dettaglio anche in ALLAN S., *Governing Transnational Surrogacy Practices: What role can national and international regulation play?*, in DAVIES M. (ed.), *Babies for sale? Transnational surrogacy, human rights and the politics of reproduction*, ZED, London, 2017, pp. 344-372.

<sup>152</sup> LIEBER K.B., *Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?*, in *Indiana Law Journal*, 1992, Volume 68, Issue 1, pp. 207-232.

donne e dei nascituri. Violazioni che nessuna norma potrebbe emendare e verso le quali nessuna idonea tutela può essere concepita.

#### 8. *Il mercato come contesto di analisi della GPA*

Il tema centrale rispetto agli interrogativi morali che la *surrogacy* pone è senza dubbio quello del ruolo del mercato in seno alle scelte riproduttive o, per meglio dire, la regolazione delle seconde attraverso gli strumenti del primo. A questo proposito Sylviane Agacinski ha posto in luce come «[l']économie de marché s'est imposée [...]. Or la maternité de substitution n'est pas un simple moyen "technologique": c'est d'abord une pratique sociale qui fait entrer l'enfantement et l'enfant dans un système d'échange. [...] Que nous apprend-elle? Qu'une certaine gauche [...] s'est laissée griser par les promesses d'un biopouvoir désormais à portée des individus. Un droit à l'enfant s'est installé dans les esprits»<sup>153</sup>. Sull'affermazione circa la natura schiettamente *sociale* della GPA, nessun appunto può venir mosso, se non la genuina constatazione di come, non appena l'attenzione si sposti dall'oscurità del ventre materno alla luce della sua forma esteriore, improvvisamente i concetti appaiano più comprensibili. Ciò che si vuole rimarcare è come nel caso della GPA nessun orientamento provi a sostenerne la natura *terapeutica*, in quanto appare *ictu oculi* come il ricorso a una *mère porteuse* non possa in alcun modo guarire la sterilità della donna che vi si rivolge. La medesima lucidità non sembra invece diffusa quanto l'oggetto di riflessione divengono i gameti, come si è potuto vedere. Le premesse, tuttavia, sono le medesime: in entrambi i casi l'infertilità e la sterilità non sono curabili, ma *palliatibili* con l'accesso a tecniche *artificiali* che permettono di costituire un nucleo familiare per via *sociale*. Soltanto nella GPA, tuttavia, si riesce a cogliere (o ad ammettere?) la natura squisitamente *sociale* dell'atto attraverso cui la generazione di una nuova vita è possibile.

Al di là di questo breve *excursus* sul profilo sociale della GPA, numerose studiose e attiviste si sono interrogate sul significato e l'accettabilità morale, prima ancora che giuridica, dell'inserire le scelte riproduttive in una struttura di mercato. Innanzitutto appare palese l'«incongruity of market notions and babies»<sup>154</sup>, in quanto tali nozioni andrebbero a spezzare la preziosa relazione tra donna e feto,

<sup>153</sup> AGACINSKI S., *Corps en miettes*, Flammarion, Paris, 2013, p. 9.

<sup>154</sup> PRITCHARD R., *A Market for Babies*, in *Univ. Toronto L.J.*, 1984 (24), p. 347.

mediata proprio dal *corpo* femminile<sup>155</sup>. Corpo che nella GPA, secondo l'approccio più diffuso nel multiforme movimento femminista, verrebbe mercificato così come il lavoro riproduttivo della donna. Elizabeth S. Anderson è stata tra le prime a sostenere come «by requiring the surrogate mother to repress whatever parental love she feels for the child, these norms convert women's labour into a form of alienated labor», nonché come «by manipulating and denying legitimacy to the surrogate mother's evolving perspective on her own pregnancy, the norms of the market degrade her»<sup>156</sup>. Trattasi della concezione hegeliana di *alienazione*, per cui non solo il *prodotto* del lavoro è separato da chi lo produce, ma la separazione stessa avviene perché il soggetto che produce cede l'*oggetto* del proprio lavoro ad altri o, più precisamente, al mercato<sup>157</sup>. In questo senso il legame tra donna e feto verrebbe interrotto, spogliato del suo significato più profondo e, conseguentemente, entrambi subirebbero un'*oggettificazione* completa<sup>158</sup>. La donna in quanto lavoratrice, ma al contempo *mezzo* di produzione e il bambino in quanto *prodotto* di un processo<sup>159</sup>. In altri termini, per la donna «a part of the Self is made into "something else" that belongs to "someone else" and that '[w]omen all over the world are denied their complete humanity»<sup>160</sup>. Nondimeno a venir lesi da un meccanismo di *mercificazione* sarebbero anche i nascituri e, secondo Kelly Oliver, ciò non avverrebbe tanto a causa dell'elemento *patriarcale* insito nelle società occidentali, quanto per l'incidenza delle regole del libero mercato<sup>161</sup>. Kajsa Ekman porta alle estreme conseguenze simile riflessione, evidenziando come da un lato, «[w]hen a child is produced via surrogacy, the market is pivotal to the child's very existence» e, dall'altro, «via a

<sup>155</sup> SCRUTON R., *Ignore the body, lose your soul*, in *The Times*, February 5<sup>th</sup>, 1985, p. 10.

<sup>156</sup> ANDERSON E.S., *Is Women's Labor a Commodity?*, in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 19, No. 1, 1990, pp. 81-82.

<sup>157</sup> VAN NIEKERK A., VAN ZYL L., *The ethics of surrogacy: women's reproductive labour*, in *Journal of medical ethics*, 1995, 21, p. 346.

<sup>158</sup> RAYMOND J.G., *Women as Wombs: Reproductive Technologies and the Battle over Women's Freedom*, Harper, San Francisco, 1993, p. 38; COREA G., *op.cit.*, pp. 214-222.

<sup>159</sup> EKMAN K.E., *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy, and the Split Self*, Melbourne, Spinifex Press, 2013, p. 191.

<sup>160</sup> *Ibidem*.

<sup>161</sup> OLIVER K., *Marxism and surrogacy*, in HOLMES H.B., PURDY L.M. (eds.), *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, Indiana University Press, Bloomington, 1992, pp. 266-283.

contract the economic power differential between the wealthy and the proletariat is “cleansed” and remade as an equal relation»<sup>162</sup>.

Per addentrarsi più compiutamente in questa materia, appare proficuo seguire il percorso proposto da Melissa Cooper e Catherine Waldby. La loro riflessione muove dalla suggestione di Maurizio Lazarato per cui il capitalismo post-fordista abbia superato la differenza tra produzione e riproduzione, ponendo al centro del meccanismo lavorativo la *vita in sé*, fino a creare una forma di *biolavoro*<sup>163</sup>. Come si realizza tale processo? Secondo Cooper e Waldby è il mercato delle ARTs a rendere possibile, e disponibile, l'impiego di una smisurata forza-lavoro, alla quale «vengono richiesti servizi legati a esperienze molto viscerali, come il consumo di farmaci in via sperimentale, la trasformazione ormonale, l'eiaculazione, l'estrazione di tessuti e la gestazione, con procedure biomediche più o meno invasive» e la cui «manodopera viene prodotta e selezionata secondo linee di classe e di razza. Il risultato, per noi, si chiama *lavoro clinico*»<sup>164</sup>. La terminologia è cruciale: integrerebbero una forma di forza-lavoro, secondo le autrici, anche quei soggetti usualmente considerati come donatori, in quanto *impiegati* a produrre dei *beni*, anche nei casi nei quali non vengano compensati<sup>165</sup>. In questo senso persino la bioetica avrebbe svolto un ruolo ancillare per la completa *mercificazione* dei corpi e dei soggetti: disciplina nata per tutelare i donatori di tessuti e organi, così come i volontari delle ricerche sperimentali, si sarebbe dimostrata invece adatta a «governare il mercato informale del lavoro clinico»<sup>166</sup>. Cooper e Waldby, contrapponendosi ai teorici del c.d. capitale umano, in modo particolare a Richard Epstein, rifiutano l'idea dell'esecuzione in forma specifica dei contratti di *surrogacy*. Pertanto le studiose si oppongono al principio per cui l'autorità statale dovrebbe

<sup>162</sup> EKMAN K.E., *op.cit.*, 2013, p. 160, 151.

<sup>163</sup> LAZZARATO M., *From Capital-Labour to Capital-Life*, in *Ephemera: Theory and Politics in Organization*, 2004, 4(3), pp. 187-208.

<sup>164</sup> COOPER M., WALDBY C., *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, DeriveApprodi, Roma, 2015, pp. 31-32.

<sup>165</sup> Cfr. anche TOBER D.M., *Semen as Gift, Semen as Goods: Reproductive Workers and the Market in Altruism*, in *Body and Society*, 2001, 7 (2-3), pp. 137-160; WALDBY C., MITCHELL R., *Tissue Economies. Blood, Organs, and Cell Lines in Late Capitalism*, Duke University Press, Durham NC, 2006.

<sup>166</sup> COOPER M., WALDBY C., *op.cit.*, p. 32. Le autrici aggiungono come non tutte le azioni di dono andrebbero intese come *lavoro*, ma suggeriscono come «tali servizi dovrebbero essere intesi come “lavoro” quando l'attività che li sottende è intrinseca al processo di valorizzazione di un determinato ambito della bioeconomia e quando i benefici per la salute delle/i partecipanti e delle loro comunità sono assenti o incidentali», p. 33.



astenersi da interferire nei diritti anche *biologici* degli *intended parents* (secondo il modello della *procreative freedom*) e ritengono che il problema dell'*enforceability* dei contratti giaccia nella peculiarità per cui «la madre gestazionale incarna letteralmente i mezzi di produzione: lavora grazie alla stessa biologia femminile della riproduzione» e dunque «[l']applicazione illiberale dei contratti di maternità surrogata entra in gioco perché la surrogata non può essere separata biologicamente dai propri mezzi di produzione, quindi la separazione è posposta per vie legali alla nascita del bambino»<sup>167</sup>. Il terreno di coltura perfetto per la “sperimentazione neoliberista” volta a includere soggetti e processi riproduttivi in un nuovo tipo di lavoro, in grado di generare plusvalore e valore di scambio in termini di fertilità, sarebbe quello del predominante vuoto normativo, venuto in essere negli ultimi quarant'anni a causa delle controversie legate al concetto di *inizio vita*<sup>168</sup>. Non solo, perché per le autrici il concetto di *Cross Border Reproductive Care* non consentirebbe una piena comprensione del fenomeno che per loro rimane di *turismo*, di “*turisti della fertilità*” alla ricerca di forme di lavoro riproduttivo vietate nei propri Paesi d'origine<sup>169</sup>. Forme di lavoro la cui rappresentazione più emblematica resta pur sempre la *surrogacy*, in quanto le *gestational surrogates* «acconsentono alla trasformazione del loro utero in una risorsa, capace di produrre rendite monopolistiche», specialmente in quanto «l'utero è tecnicamente e giuridicamente isolato come componente che può essere contrattualizzata, separata dalla soggettività della surrogata e ricollocata in una catena riproduttiva a vantaggio della clinica e della coppia commissionante»<sup>170</sup>. Tuttavia tali schemi sarebbero rintracciabili più in generale in tutti gli interventi della biotecnologia sulla vita in sé, i cui processi sarebbero stati sussunti da decenni in reti di transazioni commerciali e di accumulazione di stampo capitalista<sup>171</sup>. Infine Cooper e Waldby riprendono il lavoro di Rosi Braidotti, sostenendo come la *necro-politica* si diffonda in modo speculare all'industria della vita: se dunque in Occidente ci si preoccupa di accedere alle migliori cure e soddisfare ogni *bisogno*, incluso quello di genitorialità, nel resto del mondo si conducono e finanziano le più efferate forme di guerra, senza alcun rispetto per donne e bambini<sup>172</sup>. Relativa-

<sup>167</sup> *Ivi*, pp. 91-92.

<sup>168</sup> *Ivi*, p. 93.

<sup>169</sup> *Ivi*, p. 95.

<sup>170</sup> *Ivi*, p. 117.

<sup>171</sup> *Ivi*, pp. 29-30.

<sup>172</sup> *Ivi*, p. 29; cfr. BRAIDOTTI R., *Il postumano. La vita oltre l'individuo, oltre la specie, oltre la morte*, DeriveApprodi, Roma, 2014.

mente a tale appunto, Jyotsna Gupta evidenzia come alcuni concetti (inclusi quelli di *choice* e *agency*) non possano essere applicati che nel contesto Occidentale, in seno all'epistemologia neoliberale, mentre numerose studiose hanno posto in luce come la *transnational gestational surrogacy* abbia effettivamente dato luogo a forme di *biocapitalismo* e neocolonialismo<sup>173</sup>. Ciononostante appare coerente porre in luce come Amrita Pande, dopo numerosi analisi condotte in India, abbia segnalato il rischio legato al «dismissing the labor market as inherently oppressive and the women involved as subjects of this oppressive structure», in quanto sussisterebbe il concreto «need to recognize, validate and systemically evaluate the choices that women make in order to participate in that market»<sup>174</sup>. In ogni caso, secondo Cooper e Waldby, non residuerebbero dubbi circa l'esistenza di un particolare «dispositivo biopolitico di soggettivizzazione», che avrebbe per obiettivo «la costituzione e la diffusione del modello del soggetto proprietario, che gode di diritti di proprietà sul proprio corpo, come vuole la tradizione giuridica e civile europea»<sup>175</sup>, così come già teorizzato da Carole Pateman a fine anni '90<sup>176</sup>. Pertanto, per giungere a una sintesi, la *transnational gestational surrogacy* potrebbe venire descritta come una pratica di ricerca di *rendita*, strutturata in

<sup>173</sup> Nell'analisi di contenuti su alcuni blog, Sayantani DasGupta e Shamita Das Dasgupta hannnp evidenziato il retaggio culturale dell'imperialismo e del colonialismo, laddove gli *intended parents* reputano di *aiutare* le donne del Terzo Mondo: DASGUPTA S., DASGUPTA S.D., *Shifting dands: transnational surrogacy, e-motherhood, and national building*, in DASGUPTA S., DASGUPTA S.D. (eds.), *Globalization and Transnational Surrogacy in India: Outsourcing Life*, Lexington Books, Lanham, 2014, p. 84. Sul tema del biocapitalismo e delle derive neocolonialiste si vedano BHARADWAJ A., *op. cit.*, 2012; DASGUPTA, S., DASGUPTA, S.D., *Globalization and transnational surrogacy in India: outsourcing life*, Lexington Books, 2014; DEOMAMPO D., *Transnational Reproduction. Race, Kinship, and Commercial Surrogacy in India*, NYU Press, New York, 2016; RUDRAPPA S., *Discounted Life: The Price of Global Surrogacy in India*, New York University Press, New York and London, 2015; TWINE F.W., *Outsourcing the womb: Race, class and gestational surrogacy in a global market*, Routledge, New York and London, 2015; VORA K., *Life support: Biocapital and the new history of outsourced labor*, University of Minnesota Press, Minneapolis and London, 2015; WHITTAKER A., SPEIER A., 'Cycling overseas': Care, commodification, and stratification in cross-border reproductive travel, in *Med. Anthropol.*, 2010, 29 (4), pp. 363–383.

<sup>174</sup> PANDE A., *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*, New York, Columbia University Press, 2014, p. 9.

<sup>175</sup> COOPER M., WALDBY C., *op.cit.*, p. 118.

<sup>176</sup> PATEMAN C., *Il contratto sessuale*, Biasini C. (a cura di), Editori Riuniti, Roma, 1997.

modo da convertire l'eccedenza riproduttiva di una data popolazione in oggetto di proprietà di acquirenti stranieri a fronte del pagamento di un affitto<sup>177</sup>.

Il procedimento “biopolitico di soggettivizzazione” costituisce una lettura contemporanea della rivoluzione riproduttiva, principiata con la diffusione dei contraccettivi orali e approdata alla diffusione delle ARTs. Tale rivoluzione aveva già provocato un'integrale ri-lettura dell'autonomia femminile rispetto alla propria corporeità, in cui la *surrogacy* ha certamente svolto un ruolo catalizzatore. Tra le tante voci, Lesley Doyal ha notato come lo sviluppo delle ARTs abbia dato luogo a un processo contraddittorio per le donne: da un lato ha concesso loro un maggiore controllo dei propri corpi, mentre dall'altro ha concesso un effettivo *potere*, specialmente ai “*male medical technocrats*”, sui medesimi corpi<sup>178</sup>. Il corpo della donna, nella sua specificità, opera dunque un discrimine imprescindibile, in forza del quale sarebbe intellettualmente disonesto rifiutare l'esistenza di un effettivo *biopotere* esercitato proprio su quel corpo. Un corpo che da tempi immemori diviene oggetto di dibattito politico e regolazione normativa: l'aborto, la PMA, la GPA e ancora la preservazione della fertilità sono tra i temi bioetici che più di altri manifestano la pretesa di un controllo, a tratti al limite dell'ossessivo, della corporeità femminile. Ciononostante, sostenere che la GPA costituisca per l'«aspirante madre» non tanto la possibilità di «vivere l'esperienza *maschile* della procreazione», quanto la sua coercizione a doverla *subire*, non appare condivisibile<sup>179</sup>. Trattasi di un approccio che assume che si possa «cercare di cancellare la gravidanza, il parto e le madri naturali solo perché la nostra società patriarcale non dà la giusta importanza a quello che fanno le donne, che sia lavoro domestico o riproduttivo. La gravidanza non è un'esperienza maschile, quindi viene svalutata e cancellata. Non a caso il paradigma vigente nella società è quello dell'*individuo*, necessariamente di genere maschile, perché la terminologia più corretta per le donne, che hanno la possibilità di essere madri, è quella di “*dividua*”»<sup>180</sup>. L'autrice specifica poi come la mera constatazione biologica della *possibilità* non debba costituire un *dovere* (la donna per essere tale non *deve* essere madre, anche se *può*). Tuttavia

<sup>177</sup> COOPER M., WALDBY C., *op.cit.*, p. 119. Più in generale, la *surrogacy* darebbe luogo a un *valore di rendita* radicato nella *biologia viva* di specifiche classi di donne.

<sup>178</sup> DOYAL L., PENNELL I., *The Political Economy of Health*, Pluto Classic, London, 1994, p. 229.

<sup>179</sup> DANNA D., “*Fare un figlio per altri è giusto*”: *Falso!*, Laterza, Bari, 2017, p. 17.

<sup>180</sup> *Ivi*, pp. 18-19.

una legittima perplessità, secondo chi scrive, sorge rispetto alle donne *sterili*. Queste ultime *non possono* far propria l'esperienza della gravidanza, a prescindere dal fatto che lo desiderino o meno. Quale spazio deve quindi essere ricavato loro nella ferrea ripartizione tra "individuo" e "dividua"? Quale legittimità può venir riconosciuta al loro desiderio di maternità dalla realizzazione *biologica* impossibile? Perché per quanto la sub-cultura dei rotocalchi ci abbia ormai resi partecipi del ricorso alla c.d. *designer surrogacy*, vale a dire la *surrogacy* non posta in essere per sterilità o infertilità, ma per ragioni professionali, sociali o di preferenza individuale<sup>181</sup>, non si può deliberatamente ignorare come la GPA si profili spesso come ultima soluzione per le donne affette da patologie incurabili. Donne che non optano per un punto visuale *esterno* alla gestazione per una questione di preferenze più o meno indotte, a meno che non si voglia sostenere che qualsivoglia desiderio di maternità risponda in ultima istanza alla necessità di conformarsi al tradizionale modello di donna quale procreatrice.

Il dibattito tra pensiero liberale e pensiero femminista non si esaurisce nella concezione della *surrogate* e del nascituro quali *fini* o quali *mezzi*, ma prosegue «[w]ith the liberal arguments [that] seem to omit the social aspects of a full consideration of the dignity of the birth mother, so too do these feminist arguments [that] omit the individual considerations of autonomy and self-determination»<sup>182</sup>. Infatti nei *surrogacy agreements* statunitensi e canadesi la scelta circa la possibilità di una *riduzione selettiva* degli embrioni o di interruzione della gravidanza è sovente posta in capo ai *committenti*. Pertanto l'*autodeterminazione* della gestante rispetto al proprio corpo risulta quanto meno compromessa, potendo scegliere solo l'*an* della gravidanza, ma non certo il *quomodo*. Nondimeno un'ulteriore critica si fonda sull'origine della pratica, da non potersi rintracciare in un'istanza socialmente diffusa e percepita come urgente nelle potenziali gestanti, bensì nella

<sup>181</sup> BRAMBILLA G., FAGGIOLI F., *Uova d'oro. L'eugenetica, il grande affare della salute riproduttiva e la nuova bioschiavitù femminile*, Editori Riuniti University Press, Roma, 2016, p. 117. A titolo esemplificativo basti pensare al caso del noto calciatore Cristiano Ronaldo, che ha fatto ricorso a una *surrogate* per concepire due figli, a dispetto della sua relazione sentimentale con un'altra donna, a sua volta incinta; JONES D., DANIEL H., *The truth about Ronaldo's twins: Revealed, how the world's richest footballer (who has a beautiful girlfriend) used frozen embryos and a surrogate mother to create his perfect mini-mes*, in *Mail Online*, July 7<sup>th</sup>, 2017, [dailymail.co.uk](http://dailymail.co.uk), consultato il 7 luglio 2018.

<sup>182</sup> GALLOWAY K., *Theoretical Approaches to Human Dignity, Human Rights and Surrogacy*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015, p. 28.

domanda delle coppie infertili disposte a pagare<sup>183</sup>, vale a dire a *mercificare* tanto il corpo, quanto le funzioni riproduttive della donna. Da questo punto di vista rimane da notare come il medesimo ragionamento potrebbe essere riferito a una parte consistente degli odierni protocolli medici: prima che la PMA con dono divenisse socialmente accettata non vi erano donatori, se non nella forma dell'uomo generoso, celato dietro alla tenda e pronto per sopperire all'infertilità del marito di colei che era in cerca di una gravidanza. Ugualmente, i donatori di organi non si sarebbero potuti concepire come tali prima che il trapianto divenisse una realtà. Pertanto si accolga anche la critica all'uso del concetto di *autodeterminazione* per come la storia dei diritti riproduttivi in Europa l'ha forgiato, ma non si dimentichi l'ampiezza che ha in seguito conosciuto non solo grazie alla maturazione del pensiero bioetico importato dagli Stati Uniti, ma anche come lo spettro delle *freedom to procreate* sia oggi assai più esteso di quello anche solo immaginabile nel corso degli anni '70 del secolo scorso.

In conclusione, il reale nodo da sciogliere rispetto alla *freedom to procreate* e alla *mercificazione* del corpo della donna andrebbe individuato nella possibilità o meno di decifrare l'accordo, anche quando altruistico, tra genitori d'intenzione e *mère porteuse* come concluso tra parti del tutto razionali e *autonome* nella scelta. Se da parte di chi scrive non vi è la percezione che giungere a un equilibrio tra le parti in questo senso sia del tutto impossibile, una soluzione teorica ottima appare di difficile identificazione, sembrando più proficua l'analisi delle norme vigenti in quegli ordinamenti che consentono la GPA.

## 9. Il corpo della donna nella GPA: la medicalizzazione della riproduzione femminile

La *freedom to procreate* deve conoscere indubbiamente un primo limite nel rispetto della dignità della donna che assume la scelta. Da questo punto di vista, teorizzare che un *biopotere* venga esercitato verso i corpi femminili esclusivamente quando si tratti di GPA non appare condivisibile. Le battaglie per il riconoscimento del diritto all'IVG non sono ancora terminate<sup>184</sup>, le legislazioni in materia di

<sup>183</sup> DANNA D., *op. cit.*, p. 31.

<sup>184</sup> Basti pensare al recente referendum in Irlanda che ha cancellato il divieto di ricorrere all'IVG, N.N., *Irish abortion referendum: Ireland overturns abortion ban*, in *BBC News*, 26 May 2018, [bbc.com](http://bbc.com), consultato l'8 luglio 2018.

PMA sono spesso strutturate in modo da dissimulare l'infertilità *maschile*<sup>185</sup> e l'approccio della ricerca scientifica all'intervento sul vivente come modo per conoscerlo è senza dubbio acuito quando si tratti di pazienti femminili. Quest'ultimo aspetto, catalizzato da una non così sana dose di paternalismo, emerge chiaramente dal livello di medicalizzazione della gravidanza e del parto. Tale fenomeno affonda le proprie radici storiche nel XVIII secolo, quando il prevalere, in ambito medico, delle istanze pubbliche di salvaguardia della popolazione portò all'ingresso nella scena del parto del chirurgo *ostetrico*, dell'*accoucheur* o *man-midwife*<sup>186</sup>. Più in generale si assistette a una valorizzazione dell'ostetricia, come branca della chirurgia al cuore delle aspettative tanto delle istituzioni pubbliche, quanto dei privati<sup>187</sup>. Conseguentemente, con tempi e distribuzioni differenti a seconda delle aree in Europa, a partire dal '700 sorsero i primi "ospedali di maternità", che andarono ad assolvere a due specifici compiti. Il primo era quello della formazione dei medici ostetrici e delle levatrici, come avveniva soprattutto in Germania. Il secondo, invece, coincideva con la tutela delle madri nubili o in condizioni di povertà, al fine di prevenire l'infanticidio e l'elevata mortalità dei bambini abbandonati, come accadeva prevalentemente nei Paesi cattolici e ortodossi. Gli ospedali di maternità permisero quindi di consolidare pratiche che poi si diffusero sul territorio, ma la loro creazione costituì anche la base del processo di ospedalizzazione del parto che conobbe il suo culmine nel '900<sup>188</sup>. Infatti nel corso di un cinquantennio, a partire dagli anni '20 del secolo scorso, si è realizzato la completa metamorfosi della scena del parto, vale a dire il suo spostamento dalla casa all'ospedale, a causa del mutamento della cultura alla base dell'evento: «da evento interno alla sfera familiare e comunitaria diventa un atto medico, regolato da rituali ospedalieri, che ridisegnavano anche la figura della levatrice, ancor più subordinata al medico, priva di reale autonomia, disciplinata da rigide regole ospedaliere»<sup>189</sup>. In questo

<sup>185</sup> Si rinvia al capitolo precedente per la trattazione estesa di questo tema rispetto al modello bioetico francese.

<sup>186</sup> FILIPPINI N.M., *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, Viella, Roma, 2017, p. 197.

<sup>187</sup> FILIPPINI N.M., *Levatrici e ostetricanti a Venezia tra Sette e Ottocento*, in *Quaderni storici*, nuova serie, 1985, Vol. 20, No. 5, p. 155. Se l'affermazione degli *accoucheurs* nella Francia del Nord, in Gran Bretagna, e nei Paesi Bassi divenne una realtà già agli albori del Settecento, nel Sud dell'Europa ciò non si verificò se non verso la fine del secolo successivo; *ivi*, pp. 208-209.

<sup>188</sup> *Ivi*, p. 215.

<sup>189</sup> *Ivi*, p. 277. Occorre comunque riconoscere come tali mutamenti rientrassero in

modo la nascita veniva a intendersi come momento conclusivo di un comune *ricovero*, andando progressivamente a perdere la propria peculiarità a causa dell'applicazione di protocolli e standard. La partoriente diveniva paziente e il parto un processo fisiologico, o patologico, da monitorare, controllare ed eventualmente indurre con un impiego sempre maggiore di tecnologia<sup>190</sup>. A partire dagli anni '70 del secolo scorso, ha quindi preso vigore il pensiero, largamente condiviso in seno al movimento femminista, per cui fosse necessario per le donne *ri-appropriarsi* del parto<sup>191</sup>.

Tale *iter* di progressiva medicalizzazione ha riguardato anche la fase gestazionale, proprio nella misura in cui l'evento-nascita è stato collocato nello spazio dell'ospedale e sotto il controllo delle tecniche medico-chirurgiche. Amy Mullin ha sottolineato dunque come questo approccio «involves interpreting pregnancy itself as a disruption to health that necessarily requires expert medical intervention, and thinking of pregnancy as primarily about health and illness»<sup>192</sup>. Rebecca Kukla ha integrato tale idea con uno studio rigoroso dell'*excursus* che ha portato non solo il *corpo* della donna gestante al centro dell'attenzione medica e pubblica, ma anche il suo *comportamento*, sul quale si è imposta la necessità di un controllo rigoroso degli alimenti consumati, dell'attività fisica compiuta, della posizione assunta per dormire e di qualunque altro elemento della quotidianità<sup>193</sup>. L'attenzione dei professionisti sanitari ai corpi femminili si estende sempre di più allo sviluppo anche pre-concezionale, specialmente negli Stati Uniti, dove si sono ormai affermati standard e raccomandazioni per tutte le donne che *potenzialmente* potrebbero avere una gravidanza, incluse le pre-adolescenti. Simili monitoraggi rientrano nel concetto di *pre-conception care*, come Birdget Kuehn ha evidenziato<sup>194</sup>. In generale, le forme di monitoraggio del corpo della donna, nonché del feto, sono andate ampliandosi e ricomprendendo un sem-

una più ampia tendenza a imporsi della medicina ospedaliera, anche grazie al successo dell'antisepsi non solo in senso scientifico, ma anche di percezione popolare, per cui l'ospedale veniva inteso come luogo per eccellenza dell'igiene, a differenza delle case; *ivi*, p. 278.

<sup>190</sup> *Ivi*, p. 280.

<sup>191</sup> *Ivi*, p. 291; cfr. LANG R., *Riprendiamoci il parto. Esperienze alternative di parto: resoconti, testimonianze, immagini*, Savelli, Roma, 1978.

<sup>192</sup> MULLIN A., 2005, *Reconceiving Pregnancy and Childcare: Ethics, Experience, and Reproductive Labor*, Cambridge University Press, New York, p. 54.

<sup>193</sup> KUKLA R., *Mass Hysteria: Medicine, Culture, and Mothers' Bodies*, Rowman and Littlefield, Lanham, 2005, pp. 124-126.

<sup>194</sup> KUEHN B., *CDC promotes care before conception*, in *JAMA: Journal of the American Medical Association*, 2006, 295(22), pp. 2591-2592.

pre più ampio insieme di test, prelievi e analisi, con implicazioni etiche assolutamente non trascurabili<sup>195</sup>. Innanzitutto il processo di medicalizzazione della gestazione ha contribuito a far sorgere la percezione che questo processo biologico, così come il parto, sia intrinsecamente molto rischioso e che, per conseguenza, come possa rivelarsi *irresponsabile* per la donna non sottoporsi a numerosi, costanti e talvolta invasivi controlli medici. Non solo, perché secondo Lauren Freeman l'avvento del medico come principale *manager* della riproduzione implicherebbe la compromissione dell'“*epistemic privilege*” della donna, rendendola di fatto *passiva* rispetto alla gravidanza e al parto<sup>196</sup>. Infine la medicalizzazione della gravidanza avrebbe reso nel tempo questo processo più alienante e stressante per le donne, affaticate dal peso delle responsabilità relativo alla gestione dei rischi (esistenti o percepiti come tali) e al controllo di ogni elemento del comportamento<sup>197</sup>. In tal senso l'assoggettamento della riproduzione femminile a rigorosi protocolli avrebbe nel tempo annichilito il valore delle decisioni informate delle donne, costringendole a venire sempre più *standardizzate* nella loro esperienza di gestanti<sup>198</sup>.

Nondimeno, in una prospettiva di genere, appare proficuo osservare come non solo la gestazione e il parto siano stati *medicalizzati*, ma come simile operazione, secondo alcune studiose, sia stata condotta a partire da istanze maschili. Per secoli infatti il diritto e la medicina sono stati settori dominati dalla presenza degli uomini, che, specialmente dal Settecento in avanti, hanno contribuito a formare e rafforzare l'idea secondo cui la riproduzione costituisca un “*biological defect*” che richiede non solo l'intervento medico, ma anche una

<sup>195</sup> DAVIS-FLOYD R., *Birth as an American Rite of Passage*, 2<sup>nd</sup> edition, Berkeley: University of California Press, 2004; DUDEN B., *Disembodying Women: Perspectives on Pregnancy and the Unborn*, Harvard University Press, Cambridge, 1993; MITCHELL L. M., *Baby's First Picture: Ultrasound and the Politics of Fetal Subjects*, University of Toronto Press, Toronto, 2001; MORGAN K., *Contested bodies, contested knowledges*, in SHERWIN S. (ed.), *The Politics of Women's Health*, Temple University Press, Philadelphia, 1998, pp. 83-121; SHERWIN S., *No Longer Patient: Feminist Ethics and Health Care*, Temple University Press, Philadelphia, 1992.

<sup>196</sup> FREEMAN L., *Confronting diminished epistemic privilege and epistemic injustice in pregnancy by challenging a 'panoptics of the womb'*, in *The Journal of Medicine and Philosophy*, 2015, 40(1), pp. 44-68.

<sup>197</sup> MYKITIUK R., SCOTT, D.N., *Risky pregnancy: liability, blame, and insurance in the governance of prenatal harm*, in *University of British Columbia Law Review*, 2010, 43(2), pp. 311-360; KARPIN I., SAVELL K., *Perfecting Pregnancy: Law, Disability, and the Future of Reproduction*, Cambridge University Press, New York, 2012.

<sup>198</sup> GREGG R., *Pregnancy in a high-tech age: Paradoxes of choice*, NYU Press, 1995.



precisa regolazione normativa<sup>199</sup>. Inoltre i medici ostetrici, nel corso dei decenni, sarebbero divenuti i custodi dei saperi legati alla psicologia, alla sessualità, ma anche alla definizione dei ruoli di genere attribuiti alle donne. Tuttavia ciò sarebbe avvenuto a partire da una prospettiva esclusivamente *maschile*<sup>200</sup>. Sarah Nettleton ha descritto tale *prevaricazione* dei professionisti dell'ostetricia sulle professioniste, nonché sulle *pazienti*, come il passaggio delle «hands of women to the control of men»<sup>201</sup>.

Indubbiamente la medicalizzazione di un processo porta con sé anche dei benefici, basti pensare a quanto ricordato circa l'ospedalizzazione del parto come forma di tutela verso le donne sole o in stato di indigenza. Pertanto non dovrebbe stupire la presenza di studiosi e studiose a favore di un elevato grado di controllo della gestazione<sup>202</sup>. In modo analogo occorre dare conto dell'esistenza di posizioni estreme circa il ritorno alla *naturalità* della gravidanza e del parto; posizioni orientate a escludere integralmente il ricorso a qualsivoglia forma di artificialità, ivi incluse, tra le altre, le terapie analgesiche durante il travaglio (partoanalgesia)<sup>203</sup>. Simili impostazioni soffrono tuttavia di due limiti evidenti. Il primo riguarda l'incapacità di distinguere con metodo quali interventi possano dirsi *naturali* e quali no, considerato come, a titolo esemplificativo, gli analgesici vengano considerati artificiali, ma le tecniche di agopuntura o le erbe curative siano invece ritenute naturali. Il secondo coincide con l'impossibilità di rintracciare una spiegazione circa la ragione per cui la *naturalità* possa venire considerata eticamente preferibile<sup>204</sup>. In ogni caso, anche tali posizioni comportano il concreto rischio di esercitare pressioni con-

<sup>199</sup> LEMONCHECK L., *Philosophy, gender politics and in vitro fertilisation: a feminist ethics of reproductive health care*, in *Journal of Clinical Ethics*, 1996, 7, pp. 160-176.

<sup>200</sup> SCULLY D., *Men Who Control Women's Health: The Miseducation of Obstetrician Gynecologists*, Teachers College Pr, New York, 1980.

<sup>201</sup> NETTLETON S., *The sociology of health and illness*, Polity Press, Cambridge-Oxford-Boston, 2006 p. 207.

<sup>202</sup> LYERLY A.D., *Ethics and 'normal' birth*, in *Birth*, 2012, 39(4), pp. 315-317; SHAW J.C., *The medicalization of birth and midwifery as resistance*, in *Health Care for Women International*, 2013, 34(6), pp. 522-536.

<sup>203</sup> KUKLA R., *op.cit.*, pp. 54-55; LYERLY A.D., *Shame, gender, birth, Hypatia*, 2006, 21(1), pp. 101-118; LYERLY A.D., *op. cit.*, 2012; PURDY L., *Medicalization, medical necessity, and feminist medicine*, in *Bioethics*, 2001, 15 (3), pp. 248-261.

<sup>204</sup> Per una significativa critica della normatività della *natura* nell'etica si rinvia a NORMAN R., *Interfering with nature*, in *Journal of Applied Philosophy*, 1996, 13 (1), pp. 1-11.

sistenti sulle donne affinché si conformino a determinati comportamenti o rigide regole, in grado di annichilire l'esperienza soggettiva della donna gestante<sup>205</sup>. Ulteriore tema di dibattito è costituito dall'intrusione medica nel ventre materno, resa possibile dall'impiego di strumenti ecografici esterni e interni, che hanno permesso nei decenni di rendere l'utero un "teatro", verso il cui palcoscenico si focalizzano interessi privati e pubblici<sup>206</sup>.

Quando si sposti l'attenzione verso la pratica della GPA, la medicalizzazione della gravidanza si sposta inevitabilmente dal ventre della madre *sociale* a quello della *mère porteuse*; il Parlamento Europeo ha infatti evidenziato come l'autonomia nella gestione del proprio corpo sia del tutto compressa nelle donne che scelgono di divenire *surrogates*, specialmente in caso di GPA commerciale. In altri termini queste donne vanno incontro alla medicalizzazione del proprio stato gestazionale, dovendo accettare di sottoporsi a ripetuti prelievi, esami invasivi quali amniocentesi, villocentesi ed ecografie vaginali, oltre alle richieste di cambiare il proprio stile di vita e regime alimentare<sup>207</sup>. Ciononostante risulta arduo sostenere che simili pressioni siano caratteri precipui della GPA: a connotare tale pratica è piuttosto la presenza di una persona *terza* rispetto al medico e alla paziente, un dato non insignificante, ma che non è intrinseco alla medicalizzazione. Così come il divario di istruzione e conoscenze tra la *surrogate* e gli *intended parents* costituisce un *vulnus* alla formazione di un consenso autenticamente libero nella donna, al pari un divario analogo si verifica ogni qualvolta non solo una donna, ma più in generale un soggetto di ambo i sessi si veda costretto a divenire paziente. Il paziente, per l'appunto, è colui che sopporta, dal verbo latino *pati*, che indica il *soffrire*, il *sopportare*. Il paziente soffre per la patologia e ne sopporta dolori e trattamenti, pur nella tendenziale ignoranza del significato

<sup>205</sup> BECKETT L., *Choosing Cesarean: Feminism and the politics of childbirth in the United States*, in *Feminist Theory*, 6, 2005, pp. 251–275; MALACRIDA C., BOULTON T., *The best laid plans? Women's choices, expectations, and experiences in childbirth*, in *Health*, 2014, 18(1), pp. 41–59.

<sup>206</sup> Si pensi alla definizione dell'utero come "*public theatre*" offerta nel Chapter 4 in KUKLA R., *op.cit.*, pp. 105–181; cfr. DUDEN B., *op. cit.*, 1993; CHERVENAK F.A., MCCULLOUGH L.B., *An ethical critique of boutique fetal imaging: a case for the medicalization of fetal imaging*, *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, 2006, 194(5), p. 1501.

<sup>207</sup> EUROPEAN PARLIAMENT, DIRECTOR GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT CITIZEN'S RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 15 May 2013, p. 25, [europarl.europa.eu](http://europarl.europa.eu), visitato l'8 luglio 2018.

scientifico di quanto il medico gli propone o impone come soluzione. Con ciò non si intende sostenere che se una donna è già costretta ad affrontare la medicalizzazione della propria gravidanza, allora debba anche sostenere l'ingerenza della coppia committente. Al contrario, una più legittima attitudine, secondo chi scrive, sarebbe rintracciabile nel ritorno a un'interpretazione della gravidanza quale stato fisiologico cui una donna *può* andare incontro, con una più acuta, ma mai invasiva, attenzione qualora intervengano complessi protocolli medici, quali la PMA con dono o la GPA.

Le clausole contrattuali di "riduzione selettiva" degli embrioni, qualora venga in essere una gravidanza multipla, o di interruzione di gravidanza in caso di malattia del feto<sup>208</sup>, costituiscono senza dubbio un nodo gordiano della GPA<sup>209</sup>. Perché se da un lato l'autodeterminazione della donna gestante viene compressa fino a esaurirsi nel potere della coppia committente di imporle di terminare la gravidanza, dall'altro interviene, specialmente in alcuni ordinamenti statunitensi, quella concezione di *freedom to procreate* tanto estesa da poter ricomprendere, giustamente, il diritto a interrompere la gravidanza. Una gravidanza che, tuttavia, non si svolge nel corpo della stessa donna che dovrà crescere il bambino. All'infuori degli obblighi contrattuali, il problema morale è consistente. Il principio dell'autodeterminazione si fonda su «un quadro vincolante di relazioni personali tra madre, padre e nascituro: il concepito ha un'aspettativa di vita solo per il tramite della speciale "accoglienza" in un corpo di donna che si realizza durante la gravidanza e, contemporaneamente, l'accoglienza del prodotto del concepimento in un corpo di donna si impone anche

<sup>208</sup> BRAMBILLA G., FAGGIOLI F., *op. cit.*, p. 113.

<sup>209</sup> Uno dei casi più famosi in quest'ottica è stato quello di Melissa Cook, donna di 48 anni e residente in California che aveva accettato di divenire una *surrogate* per un uomo single le cui generalità non sono note. L'uomo aveva fatto includere nel *surrogacy agreement* una clausola per richiedere la *riduzione selettiva* degli embrioni, ma nel momento in cui aveva effettivamente chiesto che i feti da tre venissero *ridotti* a due, sostenendo di non poter sostenere le spese per la cura di tre bambini, Melissa Cook si era rifiutata. Il committente aveva dunque minacciato di proporre un'azione che avrebbe mandato in bancarotta la donna, costringendola a pagare una somma esorbitante di denaro per essersi rifiutata di procedere all'aborto. Nati i tre bambini e affidati alle cure dell'uomo, Melissa Cook ha poi intentato un'azione per ottenere la *custody* esclusiva dei bambini, sostenendo che non fossero adeguatamente accuditi. PLEASANCE C., *Surrogate mother, 48, who was paid \$33k for triplets files for custody after the father demanded that she abort one of the babies 'because he couldn't afford to care for it'*, in *Mail Online*, 25 May 2016, [dailymail.co.uk](http://dailymail.co.uk), consultato l'8 luglio 2018.

come condizione materiale della paternità»<sup>210</sup>. La donna, nell'autode-terminarsi, impone la sua scelta a quell'esistenza ancora *in nuce* che da lei dipende e in lei cresce. In una gravidanza ordinaria, gestante e madre *sociale* sono ruoli che si incarnano nella medesima persona e dunque la scelta circa l'azione sul proprio *corpo* è vincolata alla proiezione sociale di sé nel domani. In altri termini la donna che opta per un'IVG si sottopone a un intervento che incide sul *corpo* quanto sulla *personalità*, in quanto la gravidanza le si propone come non affrontabile per ragioni di salute fisica o psichica, così come per circostanze socio-economiche. Evidentemente, nella scissione tra gestante e madre *sociale* lo scenario si complica inverosimilmente. Come negare alla gestante il diritto di scegliere se subire o meno un intervento interruttivo della gestazione? Al contempo, come imporre ai genitori *sociali* la scelta di proseguire la gravidanza di colei che non si dovrà prendere cura del nascituro? Il corpo della donna è al Centro della questione, ma, assumendo che quest'ultima sia *liberamente* entrata in un accordo di GPA, risulta chiaro come parte delle decisioni inerenti la gestazione siano rimesse ai futuri genitori *sociali*, nell'ovvio rispetto della dignità della donna.

Il corpo della donna subisce anche altre pressioni, a cominciare dai massicci trattamenti ormonali necessari a coordinare l'ovulazione della madre *sociale* e della *surrogate*, qualora la prima sia anche madre *genetica* e non si faccia ricorso a gameti femminili crioconservati<sup>211</sup>. Occorre comunque precisare come gli effetti collaterali legati alla stimolazione ormonale investano qualsiasi donna che si sottoponga a un ciclo di fecondazione *in vitro* e *in vivo*<sup>212</sup> con alcune variazioni a seconda dei farmaci utilizzati e delle condizioni specifiche della donna, ma pur sempre su questa falsariga. La stimolazione ovarica, come si è già avuto modo di vedere, richiede *in primis* di sospendere la produzione di estrogeni nella donna per via chimica, per poi stimo-

<sup>210</sup> PEZZINI B., *Inizio e interruzione della gravidanza*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., *Il governo del corpo*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (dir.) *Trattato di Biodiritto*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1677.

<sup>211</sup> I trattamenti ormonali in oggetto possono provocare «[d]aily painful injections, headaches, nausea, cramping, becoming bloated, feeling sick, dizzy and emotional and putting on weight [...] and Ovarian hyperstimulation syndrome (OHSS)»; KLEIN R., *Surrogacy. A Human Rights Violation*, Spinifex Press, Queensland, 2017, p. 13.

<sup>212</sup> Ciò accade sia che la donna voglia ottenere una gravidanza con ovociti propri, sia quanto la donna debba donare gli ovociti, sia quando la donna debba sincronizzare la propria ovulazione con quella della madre *sociale* nella GPA.

lare una cospicua produzione di ovociti<sup>213</sup>. Attualmente non vi è un consenso circa gli effetti sul lungo periodo di simili trattamenti: gli effetti collaterali *dovrebbero* esaurirsi in sei mesi<sup>214</sup>, ma alcuni studi proverebbero il contrario<sup>215</sup>. La possibilità di concepire la donna quale laboratorio *vivente* della pratica medica non è dunque venuta in essere in precipua relazione con la GPA, ma più in generale con l'integralità delle tecniche atte a controllare la sua fertilità, a partire dalla medicalizzazione della gestazione del parto, sino a ricomprendere le tecniche chirurgiche, chimiche o farmacologiche legate alle ARTs<sup>216</sup>.

L'intera branca della medicina riproduttiva è dunque concepita al solo fine di realizzare una *bioschiavitù*<sup>217</sup> femminile? Da parte di chi scrive non vi è questa convinzione, bensì sussiste la percezione che più in generale, al di là dei trattamenti di ovodonazione e GPA, il corpo delle donne subisca un'intensa medicalizzazione a causa della tutt'altro che completa conoscenza a disposizione dei medici in materia di fertilità femminile. Per quanto concerne la GPA nello specifico, non vi è dubbio che il corpo della donna diventi soggetto, e al contempo oggetto, di attenzioni e interferenze invasive. Ciononostante questa considerazione non può condurre alla condanna morale *ex abrupto* della pratica, che può, a parere di chi scrive, conoscere regolazioni

<sup>213</sup> La sospensione della produzione di estrogeni richiede l'impiego di un farmaco inibitore che spesso è il Lupron, impiegato usualmente nel trattamento di tumori, fibromi ed endometriosi. Si tratta di un medicinale dalla funzione antineoplastica, mirato a eliminare le cellule malate, senza però poter far salve quelle sane; cfr. FLINN S.K., *Lupron - What Does It Do To Women's Health?*, in *Newsletter - National Women's Health Network*, Oct. 2008, [nwhn.org/lupron-what-does-it-do-to-womens-health/](http://nwhn.org/lupron-what-does-it-do-to-womens-health/), consultato l'8 luglio 2018.

<sup>214</sup> BRAMBILLA G., FAGGIOLI F., *op. cit.*, p. 101.

<sup>215</sup> Uno studio del 2015 condotto in Inghilterra, su un campione di 250.000 donne sottopostesi a IVF tra il 1991 e il 2010, era giunto alla conclusione che le pazienti avessero un terzo di possibilità in più di sviluppare il cancro dell'ovaio; si vd. SUTCLIFFE A., *IVF women third more likely to develop ovarian cancer*, in *University College London*, 20 Oct. 2015, [ucl.ac.uk](http://ucl.ac.uk), consultato l'8 luglio 2018. Un'analisi svedese del 2017, attuata su un campione di 1.340.211 donne avrebbe invece smentito l'esistenza di una correlazione diretta tra la stimolazione ovarica nei cicli di IVF e il tumore al seno; si vd. LUNDBERG F.E., ILIADOU A.N., RODRIGUEZ-WALLBERG K. et al., *Ovarian stimulation and risk of breast cancer in Swedish women*, in *Fertility and Sterility*, 2017, 108 (1), pp. 137-144.

<sup>216</sup> A riprova di ciò basti prendere visione di un documentario prodotto dallo *US Center for Bioethics and Culture* dal significativo titolo *Eggsploitation*, 2014, [eggsploitation.com](http://eggsploitation.com), consultato l'8 luglio 2018.

<sup>217</sup> Dal titolo di BRAMBILLA G., FAGGIOLI F., *Uova d'oro. L'eugenetica, il grande affare della salute riproduttiva e la nuova bioschiavitù femminile*.

normative atte a limitare gli abusi da parte dei genitori d'intenzione. Perché se per Sylviane Agacinski «demander à une femme d'enfanter à la place d'une autre signifie concrètement qu'elle doit vivre neuf mois, et vingt-quatre heures sur vingt-quatre, en faisant abstraction de sa propre existence corporelle et morale» implica che la donna «doit transformer son corps en instrument biologique du désir d'autrui, bref elle doit vivre au service d'autrui, en coupant son existence de toute signification pour elle-même»<sup>218</sup>, così non è secondo di chi scrive. Indubbiamente la gestante renderà possibile *attraverso* il suo corpo (per nove mesi, ogni giorno) la nascita di una nuova vita, ma non per questo nel farlo la donna sacrificherà l'integralità del proprio vissuto, a meno che non si tratti di un caso di abuso integrale. Si pensi in tal senso alle *Baby Factories* indiane, vicende estreme di abuso e sfruttamento non solo da condannare, ma il cui verificarsi deve essere prevenuto attraverso un reale controllo, che superi il mero dettato legislativo. Qualora, invece, la donna opti per divenire una *mère porteuse* in un contesto che la renda autonoma e in grado di *autodeterminarsi*, al di là della medicalizzazione della gravidanza (comunque verificata per quasi la totalità delle gravidanze ordinarie) non deve subire, e di fatto non subisce, un annullamento integrale della propria esistenza. Il corpo femminile ha già fatto esperienza del proprio stato di vittima della società *patriarcale*, ma ciò non significa che una donna che scelga liberamente di donare la propria capacità di condurre a termine una gestazione sia vittima, nel suo corpo come nella sua personalità, di un assoggettamento al mondo maschile.

#### 10. *Il dono di gestazione: è possibile una GPA etica?*

Al principio della presente trattazione sulla GPA si è cercato di procedere a una classificazione della pratica in base alla provenienza dei gameti impiegati (donatrice, donatore, padre sociale, madre sociale o *mère porteuse*) e alla percezione o meno da parte della gestante di una *retribuzione*. Si è dunque detto che la GPA può assumere la forma di una *commercial surrogacy* o di un accordo altruistico, in una forma diversa da quella contrattuale in senso stretto, grazie al quale la *mère porteuse* può ricevere il solo rimborso delle spese. La distinzione tra GPA commerciale e GPA altruistica è invalsa a livello scientifico, ma non va esente da critiche secondo le quali, nella

<sup>218</sup> AGACINSKI S., *op. cit.*, p. 93.

realità dei fatti, le cifre oggetto di transazione a titolo di “rimborso” raggiungano entità tali da creare il legittimo sospetto che celino altro, come una retribuzione dissimulata. Uno dei Paesi in cui l'*altruistic surrogacy* è legale, nonché diffusa, è il Canada, dove la *Assisted Human Reproduction Act* (AHR Act 2004) vieta qualsiasi forma di attività a scopo di lucro connessa alla *surrogacy* in quanto «[e]xploiting the reproductive capabilities of children, women and men for commercial gain is strictly forbidden for health and ethical reasons» (§6)<sup>219</sup>. Ciononostante, alcune testimonianze parrebbero negare la natura altruistica del gesto, spingendo a ritenere che i rapporti tra *surrogates* e genitori d'intenzione si risolvano in un periodo di nove mesi di ricatti reciproci, da una parte rispetto allo stile di vita da adottare da parte della gestante e dall'altra della disponibilità dei futuri genitori a sopperire a qualunque mancanza materiale della *surrogate* o della sua famiglia<sup>220</sup>. Dal punto di vista della presente trattazione, l'estrema eterogeneità dei casi di GPA rende arduo, se non anche poco affidabile, il ricordo alle testimonianze come fonte di analisi. Infatti, se per quanto concerne la PMA con dono il mezzo della testimonianza, in particolare quelle dei coniugi Kermalvezen, ha costituito un efficace metodo di analisi, ciò è stato possibile in quanto l'esame era rivolto a un unico ordinamento (quello francese) e a una unica pratica riproduttiva (la PMA con dono, in particolare di seme) realizzabile di

<sup>219</sup> GOVERNMENT OF CANADA, *Prohibitions related to Surrogacy*, 18<sup>th</sup> July 2013, canada.ca, visitato il 9 luglio 2018. In particolare nella sezione «[p]ayment to surrogate mothers» vengono individuati i costi che possono formare oggetto di rimborso. Tra essi vi sono principalmente «maternity clothes, travel for medical appointments, and medications», ma anche la possibilità di rifondere la donna per qualsiasi «loss of work wages if a doctor certifies, in writing, that bed rest is necessary for her health and/or the health of the embryo or fetus». Il Governo canadese specifica inoltre come «[t]he AHR Act does not: Prohibit surrogacy itself, as long as a surrogate mother in Canada makes this decision for altruistic reasons (i.e., without financial or other gain); Criminalize a woman who agrees to be or becomes a surrogate mother. It is paying, offering to pay or advertising that consideration will be paid to a woman for surrogacy that is illegal». Inoltre, il «[r]epayment of a particular expense must not involve financial or other gain to the surrogate mother and normally occurs after receipts for costs are provided to the person making the repayment; Payment of "anticipated expenses" or an "unexplained allowance" would be seen as violating the prohibition in the AHR Act; Whether or not a particular cost is directly related to the surrogacy depends on the circumstance(s) of each surrogacy arrangement».

<sup>220</sup> Una testimonianza in questo senso è stata raccolta da una giornalista specializzata in materia di *surrogacy*; MOTLUK A., *The Baby-Making Business: on the front lines of Toronto's booming, semi-legal surrogacy market*, in *Toronto Life*, 3<sup>rd</sup> Feb. 2014, torontolife.com, consultato l'8 luglio 2018.

fatto secondo una sola traiettoria (ricorso ai CECOS nel quadro del modello bioetico francese). La medesima operazione appare impossibile in materia di GPA, dove al di là dell'eterogeneità degli ordinamenti considerabili e della loro molteplicità, la pratica stessa assume forme distinte e più o meno articolate. Le testimonianze, dunque, per positive o negative che siano, posso costituire un corollario, ma non certo il metodo principale di analisi.

Ciò premesso, occorre domandarsi se sia davvero possibile immaginare una forma di GPA altruistica, e in quanto tale *etica*, dove l'oggetto del dono sia la capacità *riproduttiva*, intesa come gestazione. I detrattori di quest'ipotesi non mancano<sup>221</sup> e fondano le proprie critiche su due assunti, già rimarcati entrambi: da un lato l'ipotesi per cui i *rimborsi* di spese mediche e altre inerenti la gravidanza mascherino in realtà una retribuzione, dall'altro l'effettiva incapacità delle donne di scegliere di essere *mères porteuses*, decisione alla quale giungerebbero sempre e comunque come *vittime* di rapporti di forza tra classi sociali<sup>222</sup>. A corollario del secondo assunto serve puntualizzare come l'incapacità di formare un consenso libero e informato sarebbe sfruttato non solo dai genitori d'intenzione, ma anche dal *business* della fertilità, vale a dire da agenzie, broker, medici e avvocati impiegati nel settore e riuniti in specifiche *lobbies*<sup>223</sup>. A favore della legittimità di una GPA altruistica, invece, si schiera Irène Théry nella propria teorizzazione del c.d. *don d'engendrement*, la cui declinazione femminile può assumere la forma dell'ovodonazione, così come della GPA altruistica<sup>224</sup>. L'opinione di chi scrive è assolutamente conforme a quest'ultima impostazione, intendendo come al centro del dono, ancora e nuovamente, la capacità riproduttiva, nella forma della *gestazione*. Evidentemente il tipo di dono è assai differente da un dono di gameti, considerato come la *mère porteuse* condivida nove mesi di contatto fisico ed esperienze sensoriali con il feto che cresce in lei<sup>225</sup>. La donna, in questo caso, assume un ruolo agli albori della formazione, quanto meno fisica, dell'individuo che nascerà e conseguentemente non si può interpretare il suo contributo al progetto genitoriale alla stregua di quello di un donatore o una donatrice di gameti. Infatti, durante la

<sup>221</sup> Si vedano in tal senso BRAMBILLA G., FAGGIOLI F., *op. cit.*, p. 109; DANNA D., *op. cit.*, p. 74.

<sup>222</sup> DANNA D., *op. cit.*, pp. 40-43.

<sup>223</sup> Ivi, p. 73; KLEIN R., *op. cit.*, p. 2.

<sup>224</sup> THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 2010, p. 49.

<sup>225</sup> DANNA D., *op. cit.*, p. 44.



gestazione, l'epigenetica svolge un ruolo nella formazione del bambino e dunque, in una certa misura, la *mère porteuse* coopera sul piano *biologico* alla crescita e al completamento del feto, anche quando non geneticamente legato a lei. Ciononostante non appare inverosimile credere che una generosità spontanea possa muovere una donna ad affrontare una gravidanza per altri, considerato come l'esperienza in sé non risulti sgradevole ed estremamente dura come troppo spesso si tende a descriverla. Si è detto infatti come nella maggior parte dei casi una gravidanza si svolga in modo fisiologico e senza complicazioni traumatiche; ciò non è falso anche quando si abbia riguardo alla GPA e, invero, vi sono donne che ripetono l'esperienza di divenire *mères porteuses* numerose volte<sup>226</sup>.

Perché una donna dovrebbe accettare di portare in grembo un bambino da cui alla nascita dovrà separarsi? Perché sin dall'inizio sa che lo *porta* per altri, che non sarà il suo bambino e, per quanto arduo e disumano possa apparire, tale pratica conosce un lato di generosità estrema da non sottovalutare<sup>227</sup>. Assumere che non possa esistere un *don d'engendrement* che possa concretizzarsi in una GPA altruistica, e dunque *etica*, significa ridurre semplicisticamente il tema al suo lato deteriore, ai casi di abuso e sfruttamento che, con buona pace di molti, non costituiscono caratteristiche specifiche di questa pratica, ma derive analoghe a quelle di qualsiasi attività medica non regolata e condotta in contesti in cui sussista un eccessivo divario di istruzione, risorse economiche e parità di genere tra chi dona e chi riceve. Il dono in questione è quindi un dono di capacità *riproduttiva*, che nulla aggiunge e nulla sottrae al progetto genitoriale che è principio e con-

<sup>226</sup> LEPAGE E., TATU N., « J'ai été six fois mère porteuse »: la GPA racontée par ceux qui l'ont vécue, in *L'Obs*, 15 mars 2018, [nouvelobs.com](http://nouvelobs.com), visitato il 9 luglio 2018; altre testimonianze, a titolo esemplificativo circa le motivazioni per divenire una *surrogate mom* si possono leggere in MOTLUK A., *Why I carried a baby for someone else: Three surrogates share their stories*, in *The Globe and Mail*, published 28<sup>th</sup> Feb. 2016 and updated 5<sup>th</sup> June 2017, [theglobeandmail.com](http://theglobeandmail.com), consultato il 9 luglio 2017; ancora in TWEEDY J., *Serial surrogate who admits she's addicted to being pregnant gives away a FIFTH baby - as she retires at the age of 50*, in *Mail Online*, 26<sup>th</sup> June 2018, [dailymail.co.uk](http://dailymail.co.uk), consultato il 9 luglio 2018.

<sup>227</sup> Una generosità che può assumere, sempre come *don d'engendrement*, anche una forma del tutto distinta, come il trapianto di utero tra sorelle gemelle, il cui primo caso al mondo, con conseguente nascita di un bambino sano, è avvenuto all'ospedale Sant'Orsola di Bologna. Una donna, affetta da una malformazione congenita, si trovava nelle condizioni di non poter esaudire il proprio desiderio di maternità, così la sorella gemella, già madre, ha deciso di donarle il proprio utero. N.N., *Primo trapianto di utero tra gemelle, il bimbo è nato e sta bene*, in *La Repubblica*, 28 giugno 2018, [repubblica.it](http://repubblica.it), consultato il 9 luglio 2018.

clusione della GPA, anche qualora i rapporti con la *mère porteuse* vengano coltivati durante la vita dei bambini nati dal suo dono<sup>228</sup>.

Un'altra critica cruciale rispetto alla possibilità di concepire la GPA come *dono* è quella che individua nel bambino, e non nella capacità *riproduttiva*, l'oggetto del dono e quindi, in ultima istanza, del passaggio dalla gestante ai genitori d'intenzione. Ciò in quanto «[d]ans la procréation, le don prend un caractère particulier, puisqu'il permet non de sauver des vies, mais de les produire. Ainsi, la demande d'enfants nourrit une industrie et un marché procréatif dont les institutions privées profitent largement dans bien des pays en faisant appel à des donneurs mal payés. Dans le même temps, la production des bébés rend la stérilité plus intolérable encore et renforce, partout, la demande d'enfants»<sup>229</sup>. Il dono di gestazione crea a tutti gli effetti un individuo che prima non vi era, al pari di quanto avviene con il dono di gameti, ma ritenere che il dono in sé non possa che nutrire un *mercato* costituisce ancora una volta una lettura parziale del fenomeno. Così come sostenere che la nozione "*gestation pour autrui*" sia volta a far sbiadire fino a cancellare il momento del parto: «[c]ette forme d'hypocrisie verbale contribue avant tout à effacer le fait que c'est un enfant qui est ainsi donné, ni plus ni moins. Comme il est possible de soutenir juridiquement le principe du don d'un enfant, on tente de suggérer qu'une gestation peut se "donner" séparément, toute seule, ce qui en fait une sorte de service gratuit»<sup>230</sup>. L'intenzione non è certo quella di negare il parto in capo alla *mère porteuse*, né di ritenere che materialmente il nato non debba essere affidato ai genitori d'intenzione al momento della nascita. Sempre volgendo lo sguardo a contesti dove l'ordinamento garantisca debite tutele alla donna, e quindi sia fugato il timore dello sfruttamento di soggetti deboli, il bambino non diviene oggetto di transazione, come si avrà modo di approfondire. Il dono di gestazione, pertanto, può rendere possibile la realizzazione di un progetto genitoriale, senza venir mosso da intenti di lucro, specialmente laddove a intervenire in favore della coppia sterile sia una persona prossima, appartenente alla cerchia di relazioni affettive o di parentela. Assumere che l'altruismo nella GPA non possa esistere sulla base delle derive che

<sup>228</sup> Un'interessante testimonianza in questo senso è quella di Natalie Smith, membro dal 2009 del *Board Of Trustees* di *Surrogacy UK*, ente non profit impegnato nella divulgazione circa la *surrogacy* e nel supporto di chi intraprende tale percorso. SMITH N., *Surrogacy in the UK - myth busting and reform*, in *Precongress Course n. 04: Surrogacy a Gift with Consequences*, Annual Meeting, ESHRE 2018, Barcelona, July 1<sup>st</sup>, 2018.

<sup>229</sup> AGACINSKI S., *op. cit.*, p. 51.

<sup>230</sup> *Ivi*, p. 91.

la pratica può conoscere equivale a pensare di vietare la circolazione stradale dei veicoli per timore che vengano usati per uccidere deliberatamente pedoni a scopo terroristico. Qualsiasi azione umana può assumere le forme deteriori, ma l'intervento del Legislatore può porvi rimedio, nella sua più precipua funzione di regolare la vita sociale nell'equilibrio delle forze che la caratterizzano.

### 11. *Il ruolo della genetica rispetto al concetto di madre nella GPA*

Come si è avuto modo di constatare nel corso del presente lavoro, la terminologia inerente la GPA non riesce a rinunciare al concetto di *madre*, nelle sue diverse sfumature e traduzioni. Che sia una *mère porteuse* o una *surrogate mother*, il principio legale cardine della filiazione occidentale per linea materna riemerge con forza da ogni prospettiva: «mater semper certa est». Tuttavia «la possibilità di scindere la maternità nei diversi ruoli genetici, gestazionali e sociali travolge quella certezza fondamentale per ogni essere umano che è rappresentata dalla identità della madre»<sup>231</sup>. Si è considerato anche, specialmente con riferimento al dono di gameti, come la cultura occidentale figlia del pensiero dei Lumi abbia attribuito una rilevanza a tratti ingiustificata alla genetica, intesa come *storia*, come *traccia* delle generazioni passate che permane nel vocabolario fondamentale dell'organismo umano, costituendone la radice dell'identità. Non occorrerà quindi richiamare integralmente quanto già proposto in quella sede, con particolare riferimento alla componente affettiva, e quindi *sociale*, da considerarsi discriminante nell'individuazione di chi sia in ultima istanza il *parent* di un individuo. Lo stabilimento di un rapporto di filiazione può quindi subire un procedimento di articolazione quando entrino in gioco donatori e donatrici, ma pochi dubbi sorgono, da parte di chi scrive, circa l'esclusività del ruolo genitoriale in capo a chi costruisce un progetto familiare, lo coltiva e dunque cresce i figli. Già nel 1990 simile impostazione iniziava ad assumere rilievo: «legal rules governing modern procreative arrangements and parental status should recognize the importance and the legitimacy of individual efforts to project intentions and decisions into the future. Where such intentions are deliberate, explicit and bargained for,

<sup>231</sup> CORTI I., *La maternità per sostituzione*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., *Il governo del corpo*, in RODOTÀ S, ZATTI P. (dir. da) *Trattato di Biodiritto*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1479.

where they are the catalyst for reliance and expectations, as is the case in technologically-assisted reproductive arrangements, they should be honored»<sup>232</sup>.

La preminenza del dato *sociale* su quello *biologico* al fine di stabilire la filiazione per via materna in un caso di *surrogacy* era poi stato affermato anche dalla *Supreme Court* della California, nel caso *Johnson v. Calvert*. In tale pronuncia si legge come «she who intended to procreate the child - that is, she who intended to bring about the birth of a child that she intended to raise as her own - is the natural mother under California law»<sup>233</sup>. Come conseguenza la *surrogate*, che nel corso della gravidanza aveva cambiato idea e desiderava non affidare il bambino ai genitori *genetici* e d'intenzione, si vide negare il suo rapporto di filiazione basato sul parto, accettando di vederlo istituire nei confronti della madre *genetica e sociale*<sup>234</sup>.

Inoltre, la nozione di *storia* come condizione di verità del vissuto personale e quindi dell'*identità* torna per interrogare la pratica in questione, osservando come in questo caso una cesura sussista, a differenza di quanto avviene nel caso del dono di gameti. Una donna porta effettivamente in sé un feto, destinato a divenire individuo, che prima di essere tale percepisce dal ventre in cui cresce una moltitudine di sensazioni, mano a mano che la gestazione procede. Al termine di essa, avviene una separazione tra chi l'ha cresciuto in senso *biologico*, fornendogli *materialmente* quanto necessario nel corso di un processo fisiologico di sviluppo. La separazione, tuttavia, non coincide sempre con un abbandono. Evidentemente i casi dall'epilogo traumatico per i nati da GPA, nelle quali la *surrogate* e genitori d'intenzione non rispettano l'accordo stabilito, occupano uno spazio maggiore nel dibattito internazionale per il solo fatto di divenire delle contese giudiziarie. Al contrario, le vicende nelle quali la GPA si svolge senza ripercussioni negative sulla donna e sul bambino non assurgono agli onori delle cronache, rimanendo isolati nella loro, per così dire, *fisiologica* conclusione. La letteratura scientifica a dimostrazione dell'aumento dei casi nei quali le donne sostengono di aver vissuto le GPA come forma di "*self expression*" e i nati, crescendo, non riportano alcuna forma di disequilibrio psichico è costantemente in aumento<sup>235</sup>.

<sup>232</sup> SHULTZ M.M., *Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality*, in *Wis. Law Review*, 1990, p. 397.

<sup>233</sup> *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776, 782, California, 1993.

<sup>234</sup> *Ibidem*; cfr. *supra*.

<sup>235</sup> GALLOWAY K., *Theoretical Approaches to Human Dignity, Human Rights and Surrogacy*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015, p. 22.

Il nodo gordiano è dunque quello definitorio, precipuamente sul piano giuridico, di chi possa essere a buon titolo definita *madre* e se sia possibile immaginare la convivenza, non fisica ma psicologica, di più di una madre, in base a diverse qualificazioni. Da parte di chi scrive la seconda ipotesi appare meno percorribile e foriera di un'ulteriore problematizzazione dei rapporti tra i soggetti coinvolti in una GPA. La distinzione tra madre *genetica*, madre *sociale* e madre di *parto* può risultare accettabile solo sul piano della dissertazione teorica, ma non certo per dirimere nella realtà i legami di filiazione, a meno di non volerli gettare nella più completa confusione. Come individuare dunque la titolare dei diritti genitoriali, colei che a buon titolo possa venir chiamata *madre*, ammesso che le decisioni giudiziarie collimino con il sentire del nato da GPA? Secondo di chi scrive, da un lato la dimensione affettivo-relazionale, concretizzatasi in un dato volontaristico, deve indubbiamente prevalere, nulla dicendo dell'individuo il suo corredo genetico sul piano della personalità. In questo senso, anche l'ipotesi di una *mère porteuse* che porti nel proprio grembo il feto concepito dall'unione dei gameti di una coppia e che decida di tenere con sé il nascituro appare risolvibile in chiave affettiva o *sociale*. Il progetto genitoriale deriva infatti dalla volontà dei due soggetti che alla *surrogate* si sono affidati, a prescindere dal corredo genetico che l'embrione, poi feto e poi individuo porta in sé. Certamente quest'impostazione non è scevra da dilemmi morali e punti di debolezza, specialmente se concretizzata in forma contrattuale; forma che, da parte di chi scrive, non appare sostenibile o auspicabile.

## 12.1 best interests *del bambino nella GPA*

Se l'analisi si è concentrata fino al presente punto sull'aspetto *contrattuale* della GPA, inteso soprattutto come rapporto di forza tra le parti in causa, occorre ora volgere l'attenzione al soggetto che partecipa dei risultati di quel medesimo accordo: il bambino. È invero indispensabile garantire che non si riproponga la storia giuridica occidentale precedente all'approvazione di documenti quali la *Convention on the Rights of the Child* (CRC, comunemente nota come Convenzione di New York), nel corso della quale i bambini costituivano degli *oggetti* di intervento normativo, più che dei *soggetti* di diritto<sup>236</sup>.

<sup>236</sup> Come sottolinea uno dei maggiori filosofi che si sono dedicati allo studio dello status morale dei bambini, FREEMAN M.D.A., *The Moral Status of Children: Essays on the Rights of the Children*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1997, p. 22.

Un'epoca nella quale i bambini «complete[d] a family rather as the standard consumer durables furnish a household»<sup>237</sup>. Ebbene, una crescente sensibilità verso i soggetti minori sul piano internazionale ha iniziato a farsi strada a cominciare dalla Convenzione di New York, nel 1989, le cui fondamenta erano state gettate dalla *Declaration of the Rights of the Child*<sup>238</sup>. La CRC non contiene tuttavia un'effettiva definizione di quale fascia di età possa venir annoverata come *infanzia*, ma si desume che la minore età possa integrare questo canone, ricomprendendo il documento nel proprio preambolo anche la fase antecedente la nascita. La presente trattazione non si soffermerà però sulla fase pre-natale, intendendo, chi scrive, riconoscere la preminenza soggettiva alla madre piuttosto che al feto nella fase della gestazione.

Innanzitutto, l'art. 2 della Convenzione di New York sancisce il principio di non discriminazione sulla base di un elenco esemplificativo di criteri (riferiti tanto ai bambini quanto ai loro genitori), tra i quali compaiono «national, ethnic or social origin, [...] birth or other status». A tal fine gli Stati sono tenuti ad assumere «appropriate measures», anche nella forma di «asymmetrical measures»<sup>239</sup> o «special treatment to ensure substantive equality between different classes of children»<sup>240</sup>. Pertanto, benché la Convenzione non includa espressamente i nati da GPA tra i soggetti tutelati, appare manifesto come la non discriminazione su base di *nascita* e la possibilità di ricorrere a interventi *ad hoc* per integrare i bambini in una comune condizione di protezione non lasci spazio a dubbi circa la possibilità di impiegare gli strumenti del documento a favore di tali individui<sup>241</sup>. Inoltre, la CRC non prevede limiti circa la propria applicabilità in fatto di *cittadinanza*, ma piuttosto di mera presenza su un territorio, anche qualora la presenza stessa non fosse regolare e tale elemento, come si avrà modo di vedere nel prosieguo, assume un rilievo speci-

<sup>237</sup> *Ibidem*, riprendendo KELLMER-PRINGLE M., *The needs of Children*, Hutchinson, London, 1980.

<sup>238</sup> United Nations - General Assembly Resolution 1386 (XIV) of November 20<sup>th</sup>, 1959.

<sup>239</sup> BESSON S., *The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child*, in FREEMAN M. (ed.), *Children's Rights: Progress and Perspectives: Essays from the International Journal of Children's Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, p. 108.

<sup>240</sup> GERBER P., O'BYRNE K., *Souls in the House of Tomorrow: The Rights of Children Born via Surrogacy*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015, p. 86.

<sup>241</sup> *Ivi*, p. 85.

fico per i bambini nati da GPA<sup>242</sup>. In aggiunta a ciò lo *UN Committee on the Rights of the Child* ha sottolineato come gli Stati debbano vigilare e combattere gli effetti sui bambini delle discriminazioni operate contro i loro genitori<sup>243</sup>, tra le quali rientrano da un lato l'orientamento sessuale e dall'altro, attraverso l'applicazione del principio interpretativo dell'*ejusdem generis*, l'infertilità o la sterilità<sup>244</sup>.

Proseguendo nella lettura della CRC, l'art. 3 contiene l'autentico caposaldo della tutela legale dei bambini a livello internazionale, il più volte ricordato principio del rispetto dei *best interests of the child*. Il primo comma individua tale principio come una delle considerazioni primarie, mentre diviene la considerazione primaria esclusivamente nel caso delle adozioni (art. 21 CRC). Gli Stati firmatari sono dunque tenuti a disporre misure adeguate a perseguire tale obiettivo, pur rimanendo arduo, come già evidenziato, cogliere con precisione i confini di questi *best interests*. Con precipuo riguardo ai nati da GPA, serve *in primis* domandarsi se il venire al mondo possa essere considerato un bene *in sé* o meno e *in secundis* quali siano i profili che richiedono maggior cautela nella disciplina della GPA rispetto ai bambini. Assumendo che la risposta alla prima questione sia positiva e che la vita, al di là della sua ipotetica sacralità secondo determinate fedi e correnti di pensiero, costituisca un bene di per sé, appare proficuo concentrarsi sulla conseguenza principale della nascita: la formazione della personalità. In questo senso la Convenzione di New York non dispone se non nella forma del diritto all'*identità*, declinata in tre distinti, per quanto intrecciati, diritti.

Il primo è il diritto a ricevere un nome e veder formato quanto prima il proprio atto di nascita (art. 7 CRC e art. 24(2) dell'*International Covenant on Civil and Political Rights* - ICCPR), profilo precipuamente complesso in relazione ai nati da GPA, richiedendo la maggior parte degli ordinamenti una coincidenza tra la donna partoriente e colei che viene identificata come *madre*. In questo senso vi sono Paesi, come la Russia, nei quali i genitori d'intenzione possono ottenere un certificato di nascita che dichiara il loro legame di filiazione verso il nato, integralmente a prescindere dall'effettivo legame biologico<sup>245</sup>. Differentemente, in California già intorno alla sedicesima set-

<sup>242</sup> *Ivi*, p. 86.

<sup>243</sup> UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 7 (2005) Implementing child rights in early childhood*, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20<sup>th</sup> Sep. 2006.

<sup>244</sup> *Ivi*, p. 87.

<sup>245</sup> SALAMA M., ISACHENKO V., ISACHENKO E. *et al.*, *op. cit.*, p. 4.

timana di gestazione è possibile ottenere un “*pre-birth State Court order of parentage*”, richiedendo non solo di procedervi senza un’apposita udienza, ma anche con l’indicazione dei soli *intended parents* nel certificato di nascita. Quest’ultimo viene, salvo rari impedimenti, rilasciato a pochi giorni dalla nascita, mentre nell’arco di tre mesi è possibile ottenere il passaporto statunitense<sup>246</sup>. Ancora, nel Regno Unito la madre *legale* è colei che partorisce e il padre *legale* è il marito della *surrogate* oppure la “*civil partner*” o la moglie della *surrogate*, in caso di coppie omosessuali. Se la *surrogate* non è sposata, il padre d’intenzione può divenire il padre *legale* solo a condizione che vi sia un legame biologico, altrimenti è indispensabile procedere a una specifica richiesta alla *Human Fertilisation and Embriology Authority* (HFEA). In ogni caso, per dirimere le questioni legali e stabilire i legami di filiazione tra genitori d’intenzione e nato da *surrogacy*, la soluzione è il c.d. *parental order*, vale a dire una pronuncia giudiziaria che ha come effetto di stabilire il legame sul piano legale e di permettere il rilascio di un nuovo atto di nascita. L’atto originale, invece, sarà rilasciato dal *Parental Order Register* solo al compimento dei 18 anni del nato da *surrogacy*<sup>247</sup>. Ancora una volta gli esempi sono utili per cogliere la complessità e l’eterogeneità delle norme che si incontrano e sovrappongono laddove un soggetto sia nato da GPA. L’art. 7 CRC, che contempla il diritto alla “*birth registration*”, dovrebbe pertanto spingere gli Stati firmatari non tanto a legalizzare la pratica, quanto a garantire la tutela a quei bambini che vi sono già nati.

Seconda declinazione dell’*identità* è il diritto ad acquisire (art. 7 CRC) e preservare (art. 8 CRC) la propria nazionalità, in accordo con quanto previsto dagli ordinamenti di riferimento. Anche in questo caso i bambini nati da GPA vedono lesa la propria posizione, vedendosi spesso rifiutare il riconoscimento della medesima nazionalità dei propri genitori, come nel caso *Re X & Y (Foreign Surrogacy)*, nel quale una coppia britannica si era vista rifiutare il riconoscimento della nazionalità ai propri figli, riconosciuti come *ucraini* dalla normativa vigente. Il giudice titolare del caso aveva notato come «[t]he effect was that the children were marooned stateless and parentless whilst the applicants could neither remain in the Ukraine nor bring the children home»<sup>248</sup>. Da questo punto di vista vi

<sup>246</sup> GLOBAL SURROGACY, *Surrogacy in California*, [globalsurrogacy.baby](http://globalsurrogacy.baby), consultato il 9 luglio 2018.

<sup>247</sup> NATALIE GAMBLE ASSOCIATES, *Parenthood and parental orders (surrogacy law)*, [nataliegambleassociates.co.uk](http://nataliegambleassociates.co.uk), consultato il 9 luglio 2018.

<sup>248</sup> *Re X & Y (Foreign Surrogacy)*, [2008] EWHC, 3030 (Family); un caso del



è chi sostiene come rifiutare l'acquisizione della nazionalità o la trascrizione di atti di nascita esteri concretizzi una «particularly draconian and disproportionate response to the problems a country fears may arise from the violation of its surrogacy proscriptions abroad»<sup>249</sup>. Pertanto non appare infondato notare come non solo uno dei *best interests* del bambino (l'identità nella forma della formazione o trascrizione dell'atto di nascita e in quella dell'acquisizione della nazionalità) appaia violato, ma come ciò possa avvenire a fronte di una discriminazione basata sull'infertilità o sterilità dei genitori d'intenzione<sup>250</sup>. Ciò in quanto una coppia che veda nascere il proprio figlio all'estero con altri mezzi non subirebbe le medesime restrizioni. Evidentemente questo tipo di ragionamento intende *esclusivamente* garantire i diritti dei già nati, dei bambini ormai venuti al mondo, e non certo a sostenere per via surrettizia la necessità della legalizzazione *tout court* di qualsiasi tipo di GPA.

Terza e ultima declinazione dell'identità è quella del diritto del bambino a intessere delle “*parental relations*”, tanto nella forma della conoscenza dell'identità dei propri ascendenti *biologici*, quanto in quella dello sviluppo di legami affettivi con i propri genitori *sociali*. Appare infruttuoso riprendere in questa sede quanto già sostenuto rispetto alla necessità per l'individuo di conoscere le proprie origini *genetiche*, seppur notando come la GPA convochi questioni ancor più articolate nel tentativo di districare e allineare sul piano legale i rapporti di filiazione. Se per alcuni il diritto a conoscere le proprie origini *biologiche* costituisce un «moral right in the 'ideal' sense»<sup>251</sup>, da parte di chi scrive, come si è avuto modo di ribadire, non è così. Tuttavia, qualora si reputi auspicabile, oltre che materialmente possibile, mantenere i rapporti tra la *mère porteuse* e la famiglia formatasi in seguito al suo gesto, «the question of parenthood should be interpreted not as a biologically proven fact, but as a social construct based on

tutto analogo è stato quello della coppia tedesca i cui gemelli, nati da una *surrogate* indiana, sono rimasti per due anni bloccati in India in quanto né questo Paese né la Germania erano intenzionati a far acquisire loro la cittadinanza, come riportato da SMERDON U. R., *Birth registration and citizenship rights of surrogate babies born in India*, in *Contemporary South Asia*, 2012, 20(3), p. 341.

<sup>249</sup> STORROW R.F., *The Phantom Children of the Republic: International Surrogacy and the New Illegitimacy*, in *Journal of Gender, Social Policy and Law*, 2012, 561, 20 (3), p. 602.

<sup>250</sup> GERBER P., O'BYRNE K., *Souls in the House of Tomorrow: The Rights of Children Born via Surrogacy*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015, p. 93.

<sup>251</sup> FREEMAN M.D.A., *op. cit.*, p. 204.

considerations of the best interest of the child»<sup>252</sup>. A parere di chi scrive, il reale interesse del bambino coincide non tanto con il bisogno di costruire e nutrire relazioni con la donna che l'ha partorito, quanto con quello di essere messo a conoscenza del metodo del proprio concepimento e della propria nascita. I *best interests* in questo specifico caso coincidono con la possibilità di costruirsi in modo corretto, di poter formare la propria personalità non sulla menzogna o sull'omissione, affinché il proprio vissuto e la propria *storia* possano essere coerenti con la realtà, senza che a ciò nulla aggiunga la presenza affettiva della *mère porteuse*.

Infine, ultimo elemento, non certo per rilevanza, da considerare al fine di stabilire quali siano i mezzi con i quali meglio tutelare i nati da GPA, è valutare la possibilità che questa si concretizzi o meno nella *vendita* del bambino. Le critiche alla mercificazione, o *commodification* che dir si voglia, del bambino risultano di difficile soluzione in quanto «he harms of commodification are abstract and not subject to empirical validation. How could it be determined whether surrogacy has changed the way the children or women's reproductive capacity is valued?»<sup>253</sup>. Un valido criterio dirimente risulta senza dubbio l'osservazione empirica del contesto in cui la GPA si svolge: laddove avvenga nell'abuso e nello sfruttamento della donna partorienti, abbandonandola al proprio destino in caso di complicazioni o disputandosi il nato in forza del pagamento effettuato, il rischio che il bambino (e la donna) siano trattati alla stregua di beni materiali è elevato. Ciononostante, negli ordinamenti che dispongono adeguate tutele affinché non si verifichi uno sfruttamento, l'idea di base è che il pagamento, qualora sia previsto, sia volto a sostenere o i meri costi medici e correlati (come in Canada) o risponda a natura di prezzo per un *servizio*. Quest'ultimo è il caso, tra gli altri, della California e del Connecticut, le normative dei quali prevedono che la *retribuzione* avvenga in modo rateizzato a seconda delle fasi della gestazione e non al momento dell'attecchimento dell'embrione o della nascita del bambino<sup>254</sup>. In altri termini, «[b]aby selling is just that - put a price

<sup>252</sup> ISTEREVYCH T., *International Surrogacy Arrangements: The Problem of Recognition of Legal Personhood*, LLM Thesis, Central European University, 2013, p. 53, etd.ceu.hu, consultato il 9 luglio 2018.

<sup>253</sup> SCOTT E.S., *Surrogacy and the Politics of Commodification*, in *L. & Contemp. Probs.*, 2009, 72, 109, p. 125.

<sup>254</sup> GERBER P., O'BYRNE K., *Souls in the House of Tomorrow: The Rights of Children Born via Surrogacy*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015, p. 98.

tag on the good (a child) and sell it to someone willing to meet the asking price. The money exchanged is explicitly for the purchase of the child, just like the money one pays for a car is for the acquisition of a car. Surrogacy arrangements do not involve putting a price on a baby, but instead focus on paying surrogate mother for their medical care, lost wages, health insurance, and more»<sup>255</sup>. A riprova di simile impostazione, si può considerare come le corti, specialmente statunitensi, che si sono trovate a dirimere casi di contesa del nato da *surrogacy* tra genitori d'intenzione e *surrogate* sono stati risolti non certo applicando la *contract law*, bensì il principio dei *best interests* del bambino in combinato disposto con l'«*allocation of responsibility*» tra le parti in causa<sup>256</sup>. In sostanza, il nato da *surrogacy* ha ricevuto un trattamento analogo a qualunque bambino il cui affidamento si trovi al centro di una disputa genitoriale e non certo a quello di un bene materiale oggetto di contrattazione. Per onestà intellettuale occorre comunque ammettere come il sistema della *commercial surrogacy* non possa che permanere in una certa equivocità, potenzialmente foriera di acute dispute. Ciò in quanto l'attuazione di un accordo di *surrogacy* per via contrattuale rende inevitabile l'affidamento dei contraenti allo strumento legale prescelto, divenendo quanto mai arduo, in un secondo momento, negarne l'eseguibilità in virtù del particolare oggetto contrattuale. Anzi, più correttamente, del carattere precipuo del frutto dell'oggetto contrattuale: il bambino nato a seguito del *servizio* di *surrogacy*. Per tali ragioni resta in capo a chi scrive l'impossibilità di accettare che simili accordi assumano veste *commerciale*, stante l'evidente incompatibilità *morale*, prima che giuridica, tra strumento legale (contratto) e prodotto del suo oggetto (il bambino nato dal *servizio*).

Il problema per ora insoluto della GPA consiste nella constatazione di come «[m]odern science and medical skill surrounding the creation of life are now well ahead of legal, social and legislative policy»<sup>257</sup> e di come, conseguentemente, vi sia la diffusa convinzione che la mera realizzabilità *tecnica* di una pratica sia condizione di accettabilità *morale* della stessa. L'equazione non è scontata. Evidentemente i quattro principi cardine della bioetica risultano un valido

<sup>255</sup> FELDMAN E.A., *op. cit.*, p. 15.

<sup>256</sup> TOBIN J., *To prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 63(2), 2014, p. 341.

<sup>257</sup> MORTAZAVI S., *It takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy*, in *Georgetown Law Journal*, 2012, 100, p. 2249.

paradigma solo in relazione alla *mère porteuse* e non certo al nascituro che, in quanto tale, non ha una personalità verso la quale declinare i principi stessi. Il nascituro non può donare un valido consenso (*autonomy*) e gli si può garantire la tutela da danni morali e fisici (*do not harm*) solo proteggendo in questo senso la donna che porta a termine la gravidanza. Lo stesso si dica per quel che inerisce il principio di *justice* e quello di *beneficence* e *non-maleficence*, nella misura in cui si esige dal personale sanitario di determinare la volontà del paziente (la *surrogate* dal cui benessere dipende quello del bambino) rispetto a ciò che lo stesso reputa un bene oppure un danno, affinché il primo sia perseguito, mentre il secondo evitato. Dal momento della nascita, tuttavia, è indispensabile che al bambino siano garantiti quei diritti riconosciuti in capo a ogni altro infante, senza discriminazioni legate al modo del suo concepimento o della sua nascita. Ciò in quanto, seppur appaia pacifico e non necessario da ribadire, la responsabilità circa la nascita del nuovo soggetto non ricade sul suo capo, ma su quello di chi ha contribuito (per via *sociale* o *biologica*) a generarlo. Pertanto gli ordinamenti che prevedono misure punitive volte a scongiurare il ricorso alla GPA dovrebbero orientare le stesse a dissuadere *ex ante* o *ex post* i genitori d'intenzione (per esempio con sanzioni pecuniarie) e non certo a rendere i bambini vittime di decisioni loro non imputabili, lasciandoli nell'incertezza del proprio stato civile rispetto al Paese di residenza.

### 13. *I rapporti di filiazione negli ordinamenti francese e italiano in relazione alla GPA*

Si è dunque posto in luce come tra i diritti dei bambini nati da GPA uno dei più complessi da regolare riguardi i rapporti di filiazione da stabilirsi nei loro confronti da parte dei genitori d'intenzione. Significativamente, quando la *Cross Border Reproductive Care* (CBRC) riguardi una PMA con dono, simili problemi non vengono in essere, in quanto la donna che partorisce è la stessa che verrà riconosciuta come madre *legale*. Il dono di ovociti pertanto consente l'istituzione di un legame giuridico tra una donna e un bambino tra loro non legati *geneticamente*, in virtù del fatto che sia la donna stessa a partorire. Il dato biologico emerge chiaramente nella lettera delle disposizioni che declinano il principio del *mater semper certa est*, operando nel caso dell'ovodonazione come *correttivo* a un precedente intervento artificiale. La donna che rimane incinta grazie agli ovociti di una donatrice

non è geneticamente legata alla prole che ne deriva, ma a mezzo del parto cancella il dato *sociale* della pratica e ristabilisce il preteso legame *biologico*.

In Italia sono perseguibili penalmente sono solo coloro che organizzino o realizzino la GPA, ma anche i genitori d'intenzione e la donna che porti avanti la gravidanza: «[l]a volontà di colpire anche tali soggetti testimonia una maggiore avversità del Legislatore alla maternità surrogata rispetto alle altre forme procreative pure vietate, nei confronti delle quali non si prevedono sanzioni per coloro che vi abbiano fatto ricorso»<sup>258</sup>. Ciò al netto, ovviamente, della cancellazione da parte della Corte Costituzionale del divieto di PMA *eterologa*, in vigenza del quale, appunto, il disvalore morale associato alla GPA risultava manifestamente superiore. Inoltre, l'art. 269 c.3 c.c. stabilisce come «[l]a maternità [sia] dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre». Tuttavia, alla fine del secolo scorso il Tribunale di Roma aveva ritenuto ammissibile la GPA avvenuta per conto di una coppia di coniugi, i cui embrioni erano stati crioconservati prima dell'isterectomia della donna, grazie all'aiuto di una loro amica, che aveva accettato di portare avanti la gravidanza<sup>259</sup>. Una risoluzione lineare di un caso analogo si era già avuta alcuni anni prima<sup>260</sup>, procedendo il padre *sociale* (in quel caso anche *genetico*) a riconoscere il bambino (ex art. 250 c.c.) inserendolo nella propria famiglia (ex art. 252) per poi procedere, *ex latere matris*, all'adozione da parte della madre *sociale* (ex art. 44 della legge 4 maggio 1983, n.184 in materia di adozioni)<sup>261</sup>. Tuttavia la linearità potrebbe risultare interrotta nel caso in cui la *mère porteuse* cambi idea e decida di tenere con sé il bambino: l'unico caso italiano edito in materia aveva visto annullare il contratto «per mancanza nell'oggetto dei prescritti requisiti di possibilità e liceità»<sup>262</sup>. Inoltre, l'organo giudicante aveva reputato come la Costi-

<sup>258</sup> CORTI I., *La maternità per sostituzione*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., *Il governo del corpo*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (dir. da) *Trattato di Biodiritto*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1490.

<sup>259</sup> Trib. Roma ord., 17 febbraio 2000, in *Fam. e dir.*, 2000, 151, con note di DOGLIOTTI M. E CASSANO G..

<sup>260</sup> Trib. min. Roma 31 marzo 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 188; App. Salerno 15 novembre 1991, *ivi*, 1992, 1052.

<sup>261</sup> FERRANDO G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli editore, Bologna, 2017, 3<sup>a</sup> ed., p. 334.

<sup>262</sup> Trib. Monza 27 ottobre 1989, in *foro.it*, 1990, I, 298. Si veda inoltre Trib. Roma 14 febbraio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 310; Trib. Palermo 8 gennaio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 221 come suggerisce FERRANDO G., *op. cit.*, p. 335.

tuzione «non riconosce[sse] un vero e proprio diritto alla procreazione come aspetto particolare del più generale diritto della personalità [...] non potendosi desumere da alcuna disposizione che il desiderio o foss'anche l'interesse della prole in sé, si intende tutt'altro che legittimo, sia stato elevato alla dignità di diritto soggettivo»<sup>263</sup>. Con buona pace di Robertson, dunque, e della sua idea secondo cui alla *freedom to procreate* corrispondano dei veri e propri diritti, simile impostazione non è apparsa allora, e difficilmente apparirebbe oggi, percorribile nel nostro ordinamento. La Corte di Cassazione ha inoltre recentemente escluso che la mera richiesta di trascrizione dello stato, ottenuto attraverso un atto di nascita estero, integri il reato di alterazione dello stato<sup>264</sup> e i giudici di merito hanno anche ammesso la filiazione *ex latere matris* di una donna *sterile* in forza di un atto di nascita britannico, rilasciato grazie a un *parental order* conseguito al termine di una *surrogacy*<sup>265</sup>. Una tutela più solida è poi apprestata qualora il genitore *sociale* sia anche genitore *genetico*<sup>266</sup>, in tal caso il rischio di provvedimenti volti a comprimere la responsabilità parentale (ex art. 333 c.c.)<sup>267</sup>, di impugnazione del riconoscimento<sup>268</sup> e l'instaurazione di procedimenti per la dichiarazione dello stato di adottabilità sono fortemente ridotti<sup>269</sup>. La rilevanza del dato genetico al fine di stabilire i rapporti di filiazione è comunque prevalso in un caso in cui nessuno dei due genitori d'intenzione è risultato legato al bambino: la vicenda, conclusasi con l'adozione da parte della coppia affidataria cui il bambino era stato assegnato nelle more del giudizio, è

<sup>263</sup> Trib. Monza 27 ottobre 1989, in *Dir. fam.*, 1990, 173 s., come riportato da CORTI I., *La maternità per sostituzione*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., *Il governo del corpo*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (dir. da) *Trattato di Biodiritto*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1485.

<sup>264</sup> Cass. pen. 5 aprile 2016, n. 13525.

<sup>265</sup> App. Bari 13 febbraio 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, 699; App. Torino 29 ottobre 2014, in particolare sul riconoscimento della maternità delle due donne in coppia, delle quali una aveva donato gli ovuli e l'altra portato avanti la gestazione, N.N., *Corte d'appello di Torino – ordine di trascrivere il certificato di nascita di un minore nato da due donne all'estero*, biodiritto.org, consultato il 10 luglio 2018.

<sup>266</sup> Trib. Min. Milano, 6 settembre 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 712.

<sup>267</sup> Trib. Min. Milano, 1° agosto 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 712.

<sup>268</sup> *Ibidem*; trattasi di un caso in cui l'organo giudicante aveva deciso di prescindere *in toto* da qualsivoglia valutazione dei *best interests* della ragazza che da 15 anni viveva con la madre *sociale* grazie a una GPA. In relazione al caso App. Milano, or. 25 luglio 2016 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. (Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità).

<sup>269</sup> Come mette in luce FERRANDO G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli editore, Bologna, 2017, 3<sup>a</sup> ed., p. 336.

giunta fino alla *European Court of Human Rights* (ECtHR), come si avrà modo di approfondire nel prosieguo<sup>270</sup>. Di recente la Corte Costituzionale ha inoltre dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., con una sentenza interpretativa di rigetto. Nel caso di specie il giudice *a quo* aveva censurato la norma nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso. In particolare, la Corte ha escluso come «quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento» e ricordato anche come «la verità biologica della procreazione costituisce “una componente essenziale” dell'identità personale del minore, la quale concorre, insieme ad altre componenti, a definirne il contenuto»<sup>271</sup>.

In Francia il problema circa la possibilità di stabilire il legame di filiazione *ex latere matris* è del tutto analogo, risultando per altro nulli gli accordi di GPA ex art. 16-7 CC, assistito per quel che concerne la sanzione penale dall'art. 227-12, al. 3, CP. La giurisprudenza in materia è quanto meno estesa, ma alcune pronunce appaiono precipuamente rilevanti. Innanzitutto la *Cour de Cassation* ha confermato l'impostazione dei giudici di merito in fatto di rifiuto di consentire l'adozione, sia *plénière*<sup>272</sup>, sia *simple*<sup>273</sup> per i genitori d'intenzione. Inoltre è stato anche negato che i *parents d'intention* potessero ricorrere alla dimostrazione del possesso dello stato per stabilire i legami di filiazione nei confronti del nato da GPA, in quanto tale possesso risultava *equivoco* a causa della frode alla legge perpetrata per realizzarlo<sup>274</sup>. In particolare, la *Cour de Cassation* ha rifiutato la trascrizione a causa della «contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français». Infatti, la pretesa efficacia di un accordo di GPA nel senso della produzione di effetti riguardo alla filiazione risultava contrario al principio di indisponibilità dello stato delle persone. Nella medesima giornata la Corte ha ritenuto che il possesso dello stato, derivante da una GPA all'estero, non potesse costituire valido fondamento per stabilire il legame di filiazione, pur rimanendo quel possesso constatato in un atto di noto-

<sup>270</sup> *Paradiso and Campanelli v. Italy*.

<sup>271</sup> Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272.

<sup>272</sup> AP 31 mai 1991; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 2003, n° 01-03927.

<sup>273</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1994, n° 92-13.563.

<sup>274</sup> Circ. 30 juin 2006; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 09-17130.

rietà. I due casi in oggetto sono poi giunti all'attenzione della ECtHR, divenendo insieme un vero e proprio punto di riferimento per tutte le pronunce successive in materia<sup>275</sup>. In modo difforme si era invece pronunciata la *Cour d'Appel* di Rennes, autorizzando la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero in quanto «cet acte satisfait aux exigences de l'article 47 du Code civil, sans qu'il y ait lieu d'opposer ou de hiérarchiser des notions d'ordre public tel l'intérêt supérieur de l'enfant ou l'indisponibilité du corps humain»<sup>276</sup>.

Successivamente a tale decisione, il Ministro della Giustizia *pro tempore* Christiane Taubira ha emanato una circolare volta a garantire il regolare rilascio dei certificati di nazionalità francesi (*certificats de nationalité française* - CNF) «aux enfants nés à l'étranger de Français, lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui» (c.d. *circulaire Taubira*)<sup>277</sup>. Evidentemente non veniva sollecitato un rilascio incondizionato dei documenti, bensì una verifica dalla quale emergesse il legame di filiazione con un genitore *francese* provato attraverso un atto di stato civile straniero (ex art. 47 CC). Inoltre, dalla circolare emerge distintamente la volontà di porre fine a decisioni arbitrarie: «le fait que le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47». Ciononostante si è ancora avuto spazio per sentenze formulate sulla falsariga della giurisprudenza precedente alla circolare; in tali decisioni è stato infatti giudicato inammissibile il riconoscimento operato dalla madre *sociale*<sup>278</sup> e anche dal padre *biologico*<sup>279</sup>. In quest'ultimo caso, nello specifico, l'impossibilità di autorizzare il riconoscimento derivava dall'«existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre le père et la mère de l'enfant», vale a dire come, nuovamente, il legame *biologico* tra il padre *sociale* del bambino e quest'ultimo venisse accantonato a causa della sussistenza di un

<sup>275</sup> Il primo è il caso *Mennesson c. France*; il secondo *Labassee c. France*.

<sup>276</sup> CA Rennes, 21 février 2012.

<sup>277</sup> GARDE DES SCAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - Etat civil étranger*, 25 janvier 2013, [textes.justice.gouv.fr](http://textes.justice.gouv.fr), consultato il 10 luglio 2018.

<sup>278</sup> Rennes, 4 juillet 2002, RG 01/02471.

<sup>279</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138.



accordo di GPA. Per tale ragione i ricorrenti si sono rivolti alla ECtHR, ottenendo una nuova condanna della Francia, intervenuta nel 2016<sup>280</sup>. Prima di questa, una condanna analoga a fronte del caso *Mennesson c. France* era già avvenuta nel giugno 2014, pur senza provocare un immediato *révirement* giurisprudenziale. Infatti, senza prestare valore alla circolare ministeriale o alla condanna da parte della ECtHR, la *Cour de Cassation* ha perseverato nel negare il rilascio dei CNF a coloro che avessero concluso degli accordi di GPA all'estero, a prescindere dall'effettiva sussistenza di un legame biologico divenuto anche legale mediante un atto validamente formato all'estero<sup>281</sup>. Il tanto atteso cambio di rotta nella giurisprudenza è infine avvenuto con due sentenze del 2015, nelle quali l'*Assemblée Plénière* della *Cour de cassation* ha dichiarato come il mero ricorso alla GPA non potesse costituire in sé ostacolo alla trascrizione dell'atto di nascita validamente formato all'estero e, conseguentemente, come il rifiuto opposto in tal senso risultasse ingiustificato. Invero, «[l]e refus de lui accorder la nationalité française revient selon elle à nier la vérité biologique et porte atteinte à la vie privée de l'enfant»<sup>282</sup>. In tal senso, il persistente diniego opposto, fino al 2015, alla richiesta di trascrivere gli atti di nascita esteri per il sospetto di un accordo di GPA alla loro base costringeva i genitori d'intenzione non solo a ottenere un valido titolo di *soggiorno* per i figli, ma anche a veder limitata la propria autorità parentale e veder esclusi i figli dalla linea successoria<sup>283</sup>.

Infine, uno storico *révirement* ha avuto luogo nel corso del 2019. Il 10 aprile, infatti, è stato reso il primo parere consultivo da parte della Grand Chamber della ECtHR, secondo quanto stabilito dal Protocollo addizionale n. 16 della ECHR. Il parere ha riguardato la richiesta presentata dalla *Cour de Cassation* nell'ottobre 2018 per comprendere quali fossero, e quale estensione conoscessero, gli obblighi di tutela imposti dall'art. 8 ECHR in relazione al riconoscimento del rapporto di filiazione tra *mère d'intention* e figlie nate da una *mère porteuse* (caso *Mennesson*). Il parere consultivo ha posto in luce da un lato come il riconoscimento del legame *legale* ricada nello spettro

<sup>280</sup> *Foulon et Bouvet c. France*.

<sup>281</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2014, n° 12-30.138.

<sup>282</sup> PARIS C., RAKKAH B., KHELIL S., *La gestation pour autrui*, in *Atelier clinique juridique*, Université Paris Descartes, juin 2017, droit.univ-paris5.fr, consultato il 10 luglio 2018.

<sup>283</sup> THÉRY I., LEROYER A.-M., *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle. Rapport remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, ministère des Affaires sociales et de la Santé*, Odile Jacob, Paris, 2014, pp. 221-222.

di azione dell'art. 8, mentre dell'altro come l'istituto dell'adozione sia idoneo a tutelare la relazione purché produca effetti analoghi a quelli derivanti dalla trascrizione dell'atto di nascita formatosi all'estero. La *Grand Chamber* ha comunque sottolineato come l'assenza di un *consensus* sul tema comporti la necessità di riconoscere a ciascuno stato un margine di apprezzamento entro cui si debbano collocare le analisi sull'idoneità delle forme di adozione rispetto alla tutela del legame tra bambini e *mère d'intention*<sup>284</sup>. Così, nell'ottobre 2019, la *Cour de Cassation* ha infine riconosciuto la trascrizione dell'atto di nascita formatosi all'estero quale forma migliore per tutelare nello specifico il legame tra Sylvie Mennesson e le sue due figlie, in quanto stabilito legalmente all'estero da 18 anni e dunque per il quale una procedura di adozione risulterebbe sproporzionata<sup>285</sup>.

#### 14. La GPA nella giurisprudenza della ECtHR

Pur non avendo mai preso posizione circa la legittimità giuridica o morale della pratica, per l'assenza di un generale *consensus* in materia tra gli Stati membri, la Corte di Strasburgo ha nitidamente individuato alcuni limiti delle legislazioni nazionali rispetto alla tutela dei bambini nati grazie alla GPA.

I primi casi divenuti oggetto di giudizio da parte della ECtHR sono stati riuniti dalla Corte, dopo essere già stati decisi in due sentenze della *Cour de Cassation* nel 2011. Il primo ha visto per protagonisti i coniugi Mennesson, che avevano fatto ricorso a una *surrogate* californiana per veder nascere le proprie gemelle. La gestante, in particolare, aveva chiesto di vedersi esclusivamente rimborsare le spese mediche, senza ricevere alcun pagamento. Così, prima del parto, la *Superior Court of California* aveva pronunciato un "*pre-birth State Court order of parentage*", nel quale il padre *sociale* (nonché *genetico*) veniva riconosciuto quale padre *legale*, mentre la moglie, non legata geneticamente alle bambine, risultava però quale madre *legale*. Pochi giorni dopo la nascita delle figlie nel novembre 2000, Domini-

<sup>284</sup> GRAND CHAMBER OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation* (Request no. P16-2018-001), 10<sup>th</sup> April 2019.

<sup>285</sup> *Assemblée Plénière*, 4 octobre 2019, n° 648, 10-19.053.

que Mennesson si era visto rifiutare dal Consolato francese il rilascio dei documenti necessari a iscrivere sul proprio passaporto le bambine. A causa del sospetto dell'avvenuta *surrogacy*, il Consolato aveva quindi stabilito di non inviare il dossier dei Mennesson al *Parquet* di Nantes. Al rientro in Francia, i coniugi esperiscono le vie legali ottenendo nei giudizi di merito una serie di rifiuti<sup>286</sup>, arrivando il 6 aprile 2011 alla sentenza della *Cour de Cassation* già ricordata, nella quale il rifiuto alla trascrizione viene ribadito a dispetto non solo della “*perturbation*” provocata nella vita quotidiana dalla mancanza dei documenti francesi (per questioni scolastiche, sanitarie, etc) e dell'ormai solida vita familiare decennale, ma anche e soprattutto dalla *regolarità* che connotava la formazione degli atti di nascita esteri. Secondo i legali dei Mennesson, infatti, gli organi giudiziari stavano continuando a confondere l'ordine pubblico internazionale (del tutto rispettato) con quello francese (eluso nel suo divieto al ricorso alla GPA). La ECtHR, adita in seguito alla pronuncia della *Cour de Cassation*, aveva innanzitutto stabilito come nel caso in oggetto l'art. 8 della Convenzione fosse applicabile tanto nel suo profilo individuale (rispetto della vita privata), quanto in quello familiare. Per la Corte inoltre non vi era alcun dubbio che i Mennesson fossero a tutti gli effetti i genitori delle bambine sul piano *sociale*, constata la sussistenza di una vita familiare. In aggiunta a ciò, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che vi fosse un legame diretto tra il concetto di vita *privata* e la possibilità di vedere stabilito il proprio legame di filiazione sul piano legale. Così, da un lato l'interferenza operata dalle autorità francesi nell'opporvi alla trascrizione dell'atto di nascita risultava perseguire degli obiettivi legittimi (scoraggiare il ricorso alla GPA per tutelare la salute, la libertà delle *mères porteuses* e i diritti dei nascituri) ed essere necessaria in una società democratica, nonché frutto di un equo bilanciamento che ricadeva nel margine di apprezzamento nazionale. Dall'altro, però, se l'art. 8 non risultava violato nel profilo familiare, al contempo risultava leso nella sua componente individuale. Infatti, nella decisione della *Cour de Cassation* era insista una contraddizione nella misura in cui la Corte non negava il rapporto di filiazione istituito negli Stati Uniti (riconoscendo dunque i Mennesson quali *genitori* delle bambine), ma non accettava di vederlo tra-

<sup>286</sup> Nello specifico nel novembre 2002 i coniugi avevano infine ottenuto la trascrizione degli atti, che era stata annullata sei mesi dopo dal *procureur de la République* di Nantes. Il tribunale di Créteil aveva confermato la decisione e così anche la *Cour d'Appel* di Parigi sia nell'ottobre 2007, sia nel marzo 2010, dopo che una prima sentenza della *Cour de Cassation* aveva rinviato la questione.

scritto in Francia. Asseverando in questo modo le decisioni degli pubblici ufficiali predisposti alla trascrizione degli atti, le autorità francesi avevano minato le fondamenta dell'*identità* delle bambine, violando il loro diritto al rispetto della vita privata. Il secondo caso, deciso in unione al *Mennesson v. France*, era stato il *Labassee v. France*, assai simile in punto di fatto e del tutto analogo in punto di diritto, salvo l'impostazione della causa sulla base dell'esistenza di un atto di notorietà attestante il possesso dello stato di genitori nei confronti della bambina nata da una *surrogate* in Minnesota<sup>287</sup>.

Casi simili sono stati i successivi *Foulon and Bouvet v. France* (luglio 2016) e *Laborie v. France* (gennaio 2017). Il primo, in particolare, consisteva nuovamente in due procedimenti distinti e riuniti sulla base della reciproca attinenza. Ancora una volta veniva lamentata la mancata trascrizione degli atti di nascita, specialmente in relazione all'emanazione della *circulaire Taubira* che aveva chiarito come l'esistenza di un legame genetico tra un genitore e il nato da GPA dovesse condurre al rilascio dei certificati di nazionalità francese. La ECtHR di fronte al persistere del rifiuto della *Cour de Cassation* si era trovata quindi a condannare nuovamente la Francia per la lesione del diritto dei bambini in causa a costruirsi una propria *identità* a partire dai documenti nazionali, idonei in un ordinamento a integrare, sul piano legale, ma di fatto anche pragmatico, i soggetti nella propria comunità di riferimento. Attualmente sono attese tre ulteriori pronunce che hanno chiamato il governo francese a rispondere davanti alla ECtHR: *Braun v. France* (no. 1462/18), *Saenz and Saenz Cortes v. France* (no. 11288/18) e *Maillard and Others v. France* (no. 17348/18).

Nel frattempo, nel 2014 la ECtHR aveva ricevuto il ricorso di una coppia belga, la quale aveva visto negare l'ingresso in Belgio al figlio nato da una *mère porteuse* ucraina. Di fatto i coniugi e il bambino erano stati *separati* al fine di consentire alle autorità competenti di espletare i dovuti controlli in assenza degli adeguati documenti di viaggio. I coniugi lamentavano quindi la violazione non solo dell'art. 8 rispetto al diritto al rispetto della vita familiare e di quella privata del bambino, ma anche dell'art. 3, sostenendo quindi di essere stati soggetti a trattamenti inumani e degradanti. La ECtHR ha ritenuto inammissibile il ricorso, in quanto manifestamente infondato, non solo a

<sup>287</sup> La vicenda giudiziaria, ma soprattutto le considerazioni di natura etica, filosofica, nonché di evoluzione della pratica medica sono state raccolte dai coniugi Mennesson in MENNESSON S., MENNESSON D., *La Gestation pour Autrui. L'improbable débat*, Michalon, Paris, 2010. Mentre la testimonianza di una delle due figlie, compiuta la maggiore età, è stata pubblicata di recente: MENNESSON V., *Moi, Valentina, née par GPA*, Michalon, Paris, 2019.

causa della brevità del periodo di separazione, ma anche per la *prevedibilità* dei controlli ai quali la coppia avrebbe dovuto sottoporsi al rientro nel Paese con un bambino sprovvisto degli appositi documenti, che, per altro, la coppia aveva tardato a produrre nonostante ne disponesse sin dall'inizio.

Infine, un caso rilevante in punto di diritto ha riguardato l'Italia, dove i coniugi Paradiso e Campanelli avevano fatto ritorno dopo aver assistito alla nascita del bambino avuto grazie a una *surrogate* russa, nel febbraio 2011, con l'intermediazione dell'agenzia *Rosjurconsulting*. Coerentemente con quanto stabilito dalla già ricordata normativa russa, sul certificato di nascita erano stati registrati esclusivamente i coniugi italiani, senza operare riferimento alcuno alla donna partorienti. Il Consolato italiano a Mosca aveva quindi rilasciato i documenti necessari al ritorno in patria di Donatina Paradiso e del bambino, pur inviando una nota informativa, in merito alla falsità dei documenti presentati dalla donna, al Tribunale dei Minori di Campobasso (nella cui provincia risiedevano i coniugi), al Ministero degli Esteri nonché al prefetto e al comune di residenza. Nel maggio 2011 i coniugi erano stati quindi iscritti nel registro degli indagati per alterazione dello stato civile (art. 567 c.p.), falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici (art. 479 c.p.), uso di atto falso (489 c.p.), nonché accusati di aver eluso la normativa vigente in materia di adozioni (art. 72 della legge 184/83). Al contempo, il bambino era venuto a trovarsi in stato di abbandono e, pertanto, il Pubblico Ministero presso il Tribunale dei Minori di Campobasso aveva richiesto e ottenuto l'apertura della procedura di *adottabilità* del minore. Nei due mesi successivi al bambino, su esplicita richiesta del Ministero dell'Interno, veniva assegnata una *nuova identità* con relativo nuovo atto di nascita; due anni dopo, il Tribunale dei Minori ha estromesso dal caso i coniugi Campanelli non più legittimati a stare in giudizio in quanto non rispondenti alla qualifica di *genitori* o di *famiglia* del minore, nel frattempo già posto in affidamento presso una famiglia le cui generalità dovevano rimanere ignote. Nel frattempo Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli avevano ingaggiato una battaglia non solo legale, ma anche di resistenza materiale, avendo dichiarato la donna in un primo momento di essere la madre *genetica* del bambino, per poi dover ammettere la falsità di tale dichiarazione. Il marito aveva agito analogamente, ma sostenendo di non capacitarsi di come in Russia non avessero utilizzato il suo seme, come stabilito in via contrattuale. La Corte d'Appello di Campobasso aveva terminato la propria analisi sostenendo come l'atto di nascita fosse ideologicamente falso in quanto, perché avesse luogo una *surrogacy*, era necessario che vi

fosse almeno un legame *genetico* con uno dei genitori *sociali*. Simile pretesa, tuttavia, non rispondeva ad alcun canone né scientifico né legale a livello internazionale. Il divieto di trascrizione rimaneva dunque immutato e il bambino affidato alla nuova famiglia. La ECtHR, adita dai coniugi lamentanti non solo l'opposizione alla trascrizione dell'atto, ma anche la separazione dal bambino, aveva ritenuto come l'art. 8 fosse applicabile nella misura in cui aveva riconosciuto l'esistenza di una «*de facto family life between the couple and the child*». Per la Corte le misure adottate dalle autorità italiane avevano costituito un'interferenza illegittima nella vita familiare dei Campanelli, benché motivata dal tentativo di interrompere una situazione illegittima. Infatti, secondo la ECtHR il principio della preservazione dell'ordine pubblico non dovrebbe mai essere impiegato *sic et simpliciter*, ma sempre in relazione ai *best interests* del minore e dei suoi rapporti con i genitori, siano essi tali a livello genetico o meno. La separazione imposta al nucleo familiare integrava quindi una misura estrema, legittima solo se dettata da un immediato pericolo, assente nel caso di specie. La condanna dell'Italia da parte della ECtHR nel 2015, tuttavia, è stata ribaltata in secondo grado dalla sua *Grand Chamber* due anni dopo. La *Grand Chamber* ha infatti ritenuto che l'art. 8 non potesse venir applicato nella forma del rispetto della vita *familiare* in quanto non fosse riscontrabile alcun legame *genetico* tra anche un solo coniuge e il bambino. La verità *genetica* che dunque ritorna come fattore discriminante per stabilire chi si possa o meno dire *genitore*. Inoltre, il periodo trascorso con i genitori d'intenzione era stato talmente breve da non poter far sorgere quella comunanza di vita atta a identificare una *famiglia*, esattamente al contrario di quanto stabilito in primo grado. Invece, il profilo dell'art. 8 relativo alla vita *privata* appariva rilevante in quanto «the Court notes that the applicants had a genuine intention to become parents, initially by attempts to conceive via in vitro fertilisation, then by applying for and obtaining formal approval to adopt, and, lastly, by turning to ova donation and the use of a surrogate mother. A major part of their lives was focused on realising their plan to become parents, in order to love and bring up a child. Accordingly, what is at issue is the right to respect for the applicants' decision to become parents, and the applicants' personal development through the role of parents that they wished to assume vis-à-vis the child». In questo senso l'aspetto intenzionale e la sua proiezione *affettiva* ritornano in gioco, ma con un ruolo comunque secondario, facendo sì che le misure adottate dalle autorità italiane risultino come un'interferenza, ma pur sempre conformi alla normativa vigente, perseguenti uno scopo legittimo (la protezione del

minore) e anche proporzionate rispetto allo scopo. Invero in questo caso il tema dell'identità del bambino non emerge quale tema a sé, considerato come i ricorrenti non potessero stare in giudizio in qualità di suoi genitori. Così l'equo bilanciamento era stato concepito tra la vita privata dei ricorrenti e gli interessi che le autorità statali intendevano tutelare, vale a dire la protezione del minore. Infine, benché «the Convention does not recognise a right to become a parent» al contempo «the Court [could not] ignore the emotional hardship suffered by those whose desire to become parents has not been or cannot be fulfilled». Ciononostante «the public interests at stake weigh heavily in the balance, while comparatively less weight is to be attached to the applicants' interest in their personal development by continuing their relationship with the child». In questo senso l'ipotesi di accordare ai ricorrenti di divenire i genitori adottivi del bambino avrebbe comportato la legalizzazione della situazione di fatto da loro prodotta nel frodare una legge ritenuta fondamentale nell'ordinamento italiano.

Chiaramente la linea decisoria intrapresa e mantenuta dalla ECtHR pare attribuire un peso rilevante al dato *genetico*, quanto meno in assenza di altri parametri di riferimento o, come nei casi francesi, nel rispetto delle normative nazionali. Occorrerà dunque attendere le future pronunce per comprendere se e come la Corte di Strasburgo di discosterà dai propri precedenti, specialmente considerato come tuttora un *consensus* generale in materia di GPA non sia emerso a livello europeo e, pertanto, il margine di apprezzamento di ciascuno Stato rimanga assolutamente ampio.

### 15. Alcuni rilievi conclusivi de iure condendo

L'analisi condotta sino a qui lascia pochi dubbi circa la complessità della *Gestation pour Autrui* (GPA) e la frammentarietà delle norme che la regolano. Lo stato dell'arte sul piano giuridico ci restituisce infatti un mosaico formato da tasselli eterogenei in fatto di regolamenti, divieti e sanzioni. I diritti delle potenziali o effettive *surrogates* appaiono dai confini labili, facili oggetto di estremizzazione tanto in senso positivo quanto in senso negativo. Letteratura scientifica, dottrina e giurisprudenza dipingono al contempo quadri nei quali le donne costituiscono le tradizionali vittime *perfette*, dotate di scarsa razionalità e dunque bisognose di soggetti che si frappongano tra loro e le loro scelte. Questi soggetti sono per lo più

esponenti del movimento femminista internazionale, impegnato in una vera e propria battaglia di “*diabolisation*” della GPA a tutto tondo<sup>288</sup>. A sostenere un’ipotesi di GPA *etica*, vale a dire altruistica e con norme a tutela dei soggetti coinvolti, si schierano numerosi intellettuali dei più differenti campi delle scienze umane e di quelle dure. In una *tribune* ospitata da *Le Monde*, più di cento tra loro hanno firmato un appello affinché la riforma della legge sulla bioetica in Francia preveda un espresso riconoscimento dei bambini nati da GPA e l’inaugurazione di un dibattito strutturato entro cui comprendere se e come rendere legale tale pratica<sup>289</sup>.

Il fenomeno della *Cross Border Reproductive Care* (CBRC), nel mentre, è in costante aumento e arginarlo pare quanto meno improbabile. Ciò non significa che occorra legalizzare la GPA *tout court* al fine di impedire che le persone sterili vi facciano ricorso all’estero, ma che «[t]o overcome the problem of law evasion, cross border legal harmonization may be required, so that patients (and gametes) do not have to move from restrictive to permissive countries»<sup>290</sup>. Un’armonizzazione che tenga conto almeno dei diritti dei bambini già nati, per non relegarli in un limbo di incertezza tanto giuridica quanto pragmatica, specialmente in relazione al rifiuto di trascrizione dei loro atti di nascita faccia seguito anche un divieto di ingresso nel Paese dei genitori d’intenzione. Infatti, «[c]es situations où l’enfant, dépourvu de nationalité, est contraint de rester dans son pays de naissance sont donc profondément en contradiction avec la protection de l’enfant et le respect de ses droits fondamentaux protégés par les instruments internationaux. Les droits de l’enfant qui sont mis en danger sont notamment le droit à la préservation de l’identité de l’enfant, avec ses composantes du droit à la nationalité et à la préservations de ses relations familiales, mais aussi le droit d’être élevé par ses parents et le droit de voir son intérêt supérieur compter comme une considération primordiale»<sup>291</sup>. Considerando come frequentemente le legislazioni e gli organi chiamati ad applicarle tendano a sanzionare *di fatto* i bambini nati da GPA, tende a sorgere in chi scrive il sospetto che la vera *oggettificazione* di questi individui possa essere operata non solo dalle cliniche che si occupano della pratica, ma anche da alcune autorità sta-

<sup>288</sup> TATU N., *Bioéthique: «Cessons de diaboliser la GPA»*, in 21 janvier 2018, nouvelobs.com, consultato il 10 luglio 2018.

<sup>289</sup> AA.VV., *On ne peut plus ignorer les enfants nés par GPA*, in *Le Monde*, 16 janvier 2018, lemonde.fr, consultato il 10 luglio 2018.

<sup>290</sup> SALAMA M., ISACHENKO V., ISACHENKO E. *et al.*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>291</sup> MÉTRAL L., *Le droit à la préservation de l’identité des enfants nés de gestation pour autrui*, Éditions Connaissances et Savoirs, Saint-Denis, 2016, p. 70.



tli. In questo senso il caso dei gemelli nati da una *surrogate* indiana e bloccati nel Paese di questa donna a fronte del rifiuto dello stesso e della Germania, Paese di provenienza dei genitori d'intenzione, di riconoscere ai bambini la cittadinanza appare assolutamente emblematico<sup>292</sup>. Le giurisdizioni in oggetto, invece di accogliere i bambini nel corso della disputa e sanzionare chi aveva organizzato la *surrogacy*, alla quale la normativa tedesca associa un forte disvalore morale, hanno perseverato nella punizione *fattuale* dei neonati, del tutto innocenti rispetto a quanto posto in essere per farli nascere. Così, nella pratica, appare evidente come l'applicazione di alcune delle vigenti normative operi nel senso di punire i genitori d'intenzione per l'elusione o la frode della legge *attraverso* i bambini nati dalla GPA. Sostenere invero che la persistenza di questi bambini in situazioni di limbo affettivo e giuridico costituisca la tutela dei loro *best interests* sembra quanto meno assurdo.

Da parte di chi scrive non vi è la convinzione che semplici soluzioni sul piano morale e giuridico siano prospettabili, ma piuttosto che l'estremizzazione sia sempre nociva per gli ordinamenti e i soggetti che li animano, a prescindere dalla direzione che essa assume. Supporre la legalizzazione incondizionata della GPA nella sua forma *commerciale* non sembra per nulla condivisibile, viste e considerate le derive che ne conseguono, nella forma di soprusi economici, fisici e morali perpetrabili in nome della contrattualizzazione a scopo di lucro della *nascita*. D'altro canto appare inverosimile supporre il persistere dei vigenti divieti assoluti, come quelli contenuti nella normativa francese e in quella italiana, sia per il rischio intrinseco che la proibizione conduca a soluzioni non solo criminali in quanto elusive delle legge (laddove un'apposita sanzione penale sia posta), ma anche in quanto perpetranti reati diretti verso i soggetti più vulnerabili, quali le *mères porteuses* e i bambini. In questo senso «[f]or 30 years, scholars have debated the merits and pitfallsof surrogacy, and they could do so for another 30. [...] Instead, while debates about contracts, commodifications, and exploitation continue, policymakers must weigh the relative costs of action versus inaction»<sup>293</sup>. Costi morali e sociali che il Legislatore italiano dovrebbe cominciare a prendere in debita considerazione, considerato lo stato in cui giace la legislazione in materia di PMA e gli ampi spazi lasciati così liberi non solo per la CBRC, ma

<sup>292</sup> SMERDON U. R., *Birth registration and citizenship rights of surrogate babies born in India*, in *Contemporary South Asia*, 2012, 20 (3), p. 341.

<sup>293</sup> FELDMAN E.A., *Baby M Turns 30: The Law and Policy of Surrogate Motherhood*, in *American Journal of Law and Medicine*, 2018, 44, p. 12.

anche per non così velate forme di ipocrisia, come la gratuità del dono di gameti a fronte di un massiccio acquisto di gameti dall'estero o il divieto di ricerca sugli embrioni formati attraverso cicli di IVF, salvo l'acquisto, anche in questo caso, di embrioni dall'estero. In merito alla GPA in particolare, è stato sostenuto ed è condiviso da chi scrive come «well-designed regulation can greatly mitigate most of the potential tangible harms of surrogacy, and this would seem to be the appropriate function of law in a liberal society in response to an issue on which no societal consensus exists»<sup>294</sup>. Se giungere a una regolazione nel breve periodo in Francia e Italia sembra comunque altamente improbabile, è auspicabile che si giunga quanto prima a realizzare «a framework for international co-operation with emphasis on the need for substantive safeguards and on procedures for courts, administrative authorities and private intermediaries»<sup>295</sup>. Simile impostazione riprende quanto dichiarato dal *Bureau Permanent* della *Conference de la Haye de droit international privé* in un report introduttivo su un più ampio studio in merito alla GPA. Nel documento l'organismo esprime tutta la sua perplessità circa la possibilità che i singoli Stati adottino misure di protezione adeguate nella loro individualità e, pertanto, come la cooperazione internazionale costituisca l'unica potenziale soluzione<sup>296</sup>. Indubbiamente, in un'epoca segnata dal potente ritorno dei nazionalismi su tematiche percepite come più concrete o, quanto meno, con un maggior impatto sul quotidiano, auspicare un simile impegno internazionale può apparire utopico.

Infine, nell'agosto del 2016 il Parlamento Europeo (PE) ha pubblicato un proprio documento di sintesi sullo stato dell'arte in materia di GPA, ricordando come, nonostante il diritto di famiglia e la GPA ricadano nella sfera di competenza dei singoli Stati, l'Unione Europea è autorizzata a intervenire in forza del profilo transnazionale che la pratica riproduttiva in questione comporta (secondo l'art. 81(3) del *Treaty on the Functioning of the European Union* -

<sup>294</sup> SCOTT E.S., *Surrogacy and the Politics of Commodification*, in *L. & Contemp. Probs.*, 2009, 72, 109, p. 146.

<sup>295</sup> BAKER H., *A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There Lessons to be Learnt from the 1993 Hague Inter-country Adoption Convention?*, in TRIMMINGS K., BEAUMONT P. (Eds.), *International Surrogacy Arrangements*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2013, pp. 417-418.

<sup>296</sup> BUREAU PERMANENT - CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, mars 2012, § 49-51, assets.hcch.net, consultato il 10 luglio 2018.

TFUE)<sup>297</sup>. Gli scopi principali che il PE si è prefisso riguardano la tutela delle varie declinazioni del diritto all'*identità* del bambino. In ogni caso è significativamente positivo constatare, da parte di chi scrive, come la GPA sia ricompresa nella più ampia branca del diritto di famiglia e non ricondotta a una parvenza di pratica *terapeutica*. Su questa falsariga è perciò auspicabile che anche la PMA con dono venga progressivamente compresa nella sua natura di pratica *sociale*. Il report del PE evidenzia poi come il ruolo dell'Unione Europea non possa essere *direttivo*, ma tutt'al più *coordinativo* (attraverso l'emanazione di misure di *soft law* come linee guida per regolazione nuove forme di adozione), divenendo dunque lo spazio più consono per quell'auspicata cooperazione internazionale. Al centro del dibattito oltre al diritto al rispetto della vita privata e familiare dei bambini, dei genitori d'intenzione e delle *mères porteuses*, dovrà porsi la definizione di *standard* procedurali comuni in grado di evitare quanto più possibile il verificarsi di abusi verso i soggetti più deboli. In questo senso, un altro progetto rilevante sul piano del *soft law* è quello dell'*International Social Service* (ISS), una fondazione con sede in Svizzera che dal 1924 supporta le famiglie nella soluzione di problematiche transnazionali, impegnata con un'*equipe* di esperti a coadiuvare le ricerche della *Conference de la Haye de droit international privé*. Con la speranza, evidentemente, che simili studi non si concretizzino in altri trent'anni di discussione, ma in una netta assunzione di responsabilità da parte dei legislatori nazionali.

<sup>297</sup> EUROPEAN PARLIAMENT - LEGAL AFFAIRS, *Regulating international surrogacy arrangements - state of play*, August 2016, [europarl.europa.eu](http://europarl.europa.eu), consultato il 10 luglio 2018.



## CONCLUSIONI

Al termine della presente trattazione, alcuni dei dubbi avanzati in sede di premessa si possono dire senza dubbio sciolti, a cominciare dalla conferma della natura *interdisciplinare* della bioetica. In questo senso se da un lato si può accogliere la critica secondo cui la bioetica non costituirebbe un sapere *critico*, dall'altro appare legittimo sostenere che essa integri uno spazio intellettuale di incontro tra saperi critici. Si è infatti avuto modo di evidenziare come le soluzioni giuridiche non possano prescindere da una lucida analisi delle premesse scientifiche che connotano la PMA. Da un lato, ritenere illegittimo l'intervento del diritto in materia non è condivisibile, stante il principale effetto della PMA: la nascita di un nuovo individuo. Un individuo che si vede obbligato sin dal primo vagito a integrare una rete sociale formata da rapporti di parentela e, solo successivamente, anche da relazioni esterne legate a esigenze di istruzione, di tutela della salute e, più in generale, di costruzione della propria personalità. Ritenere che la medicina, in solitudine e autonomia, sappia conferire agli *enfants du don* l'integralità degli strumenti necessari alla vita *sociale* è quanto meno utopico. Dall'altro lato, permanere nella convinzione diffusa presso molti giuristi che sia sufficiente conoscere gli *effetti* della PMA (la nascita di un bambino e la sua iscrizione in un rapporto di parentela), potendo ignorarne le premesse in ambito scientifico, costituisce il principale ostacolo all'instaurarsi di un dibattito intellettuale lucido e coerente.

In tal senso è emersa l'essenza schiettamente sociale tanto della PMA con dono di gameti, quanto della GPA. A partire infatti dall'impossibilità di *guarire* una persona infertile o sterile, si può trarre la legittima conclusione che simili pratiche possano essere ritenute delle *cure* specialmente in relazione al profilo *psichico* del diritto alla salute, pur intervenendo sul profilo fisico-organico di un individuo. Pertanto, se il riferimento al diritto alla salute deve continuare a essere operato, ciò deve avvenire con specifico riguardo alla definizione

estensiva di *salute*, come offerta dalla *World Health Organization* e comprendente, come si è detto, l'aspetto *psichico* del benessere individuale. Aspetto che potrà dirsi tutelato nel caso di accesso alla PMA con dono che conferisca, a chi lo desideri, la possibilità di dare alla luce un bambino diversamente non concepibile. Così ragionando, e con la piena adesione da parte di chi scrive, si potrà afferrare compiutamente il *sensu* della PMA con dono e della GPA. Non certo *cure* per il *corpo* dei futuri genitori, bensì pratiche sociali in grado di dar vita a un nucleo familiare là dove la *natura*, la *fisiologia*, appare compromessa. Invero è mutata anche la definizione di *infertilità*, «which now may be either a disease (characterized by failure to conceive after 12 months) or the result of 'an impairment of a person's capacity to reproduce either as an individual or with his/her partner. Diagnosis, therefore, need not be clinical, but may simply recognize an inability in one person'»<sup>1</sup>. Ciò significa che restringere l'accesso alle tecniche di PMA su sola base *patologica*, quindi di alterazione di uno stato *fisiologico* strettamente riconnesso al profilo riproduttivo, apparirà poco condivisibile. La PMA come cura dell'organismo, infatti, non può che essere considerata la sola cura farmacologica di disfunzioni fisiche, dove in seguito a una terapia l'individuo recupera la propria capacità di generare. Capacità irrecuperata (e spesso irrecuperabile) laddove intervenga un dono, sia esso di gameti o di gestazione.

Giunti a questo punto sarà bene domandarsi anche su quali basi potrà essere negato l'accesso alla PMA con dono o alla GPA alle coppie omosessuali, stante l'analogia per cui sia per loro, sia per le coppie eterosessuali sterili, il concepimento di fatto non possa avvenire per via *naturale*. A insistere sul tanto inflazionato, quanto poco compreso, concetto di *natura* la PMA con dono di gameti continuerebbe a risultare inaccettabile anche per le coppie eterosessuali, vista l'impossibilità su base *organica* per uno dei membri della stessa di poter concepire. Come si era tuttavia premesso, il tema dell'omogenitorialità richiederebbe uno spazio autonomo e ben più esteso.

Il riferimento costante alla nozione di *natura* rimane in ogni caso quanto meno periglioso. Si è rimarcato come né la PMA con dono di gameti, né la GPA siano in grado di *guarire* la persona infertile o sterile. La *naturale* funzionalità del *corpo* rimane dunque compromessa. Inoltre la natura, intesa alla stregua della *genetica*, comporta il riconoscimento di ruoli *sociali* ai donatori di gameti, come le testimonianze analizzate nel presente lavoro testimoniano. In altri termini, partendo

<sup>1</sup> N.N., *The new language of infertility*, in *Focus on Reproduction - ESHRE journal*, September 2017, p. 11.

da un assunto che pare enfatizzare il lato più *naturale* della persona (il suo corredo genetico), si arriva a rivendicare la necessità di una *relazione* con il donatore o la donatrice e, pertanto, a intendere il suo contributo necessario non solo al concepimento, ma anche alla costruzione del soggetto sul piano personale. La confusione è pressoché totale. Nondimeno, serve considerare come la rivendicazione di un diritto a costruire una *narrazione* personale da parte degli *enfants du don* manifesti un'equivocità latente. La *storia* personale di questi soggetti come persone non principia che con la nascita, momento in cui, usualmente, tali soggetti si inseriscono in un contesto familiare senza sperimentare alcun tipo di abbandono. In questo senso appare arduo comprendere quale frattura si crei nel loro vissuto, eccezion fatta per l'evenienza che i loro genitori mantengano il segreto sul modo in cui li hanno concepiti, rischiando di dar luogo a un trauma nel caso in cui si verifichi una rivelazione accidentale, specialmente se tardiva. Il modo migliore, secondo chi scrive, per intendere il ruolo del donatore e della donatrice è quello del dono di *capacità riproduttiva*, scevro quindi da qualsivoglia pretesa affettiva o di condizionamento del progetto genitoriale. Trattasi indubbiamente di una forma di dono del tutto particolare, ma non per questo contestabile in quanto tale, a meno che non si voglia ricondurre al DNA la chiave suprema di lettura di ciascun individuo. In tal caso, evidentemente, occorrerebbe porre in discussione non solo il legame di filiazione stabilito a mezzo di adozione, ma, più in generale, parte della giurisprudenza italiana ed europea volta a conferire una sempre maggior legittimazione al legame *sociale*, talvolta anche a scapito di quello *genetico*. Ciononostante, il *consensus* sul tema non è integralmente formato e la genetica è tutt'oggi assunta quale criterio discriminante al fine di individuare un diritto parentale prevalente tra molti. Va da sé che in questi rilievi non vi sia alcunché di *naturale* e, anzi, il dato *sociale* splenda nella propria complessità.

Con particolare riguardo alla GPA, appare sostenibile la posizione di chi ritiene che vi sia modo e spazio per regolare la pratica in modo realizzare una GPA *etica*. Appositi regolamenti sarebbero in grado di garantire requisiti di accesso idonei a evitare fenomeni di sfruttamento, a partire, per esempio, da una verifica dello stato finanziario della donna che si proponga come *mère porteuse* e della sua situazione familiare. Legalizzare una GPA altruistica consentirebbe di donare speranza innanzitutto a quelle donne integralmente impossibilitate a condurre a termine una gravidanza, senza intendere simile desiderio alla stregua di un diritto al figlio. Così fosse, la stessa PMA con dono di gameti andrebbe vietata, sulla base dell'analogia delle

situazioni: in entrambi i casi la donna infertile o sterile ricorre al dono di capacità riproduttiva di un'altra donna, concretizzandosi questo in un dono di ovociti o in un dono di gestazione. Al contrario, attribuire un *prezzo* alla GPA costituirebbe invece un'oggettiva *mercificazione* del bambino. Certamente occorrerebbe garantire che al mero rimborso delle spese mediche correlate alla gravidanza, nel caso di GPA altruistica, non corrispondesse una retribuzione. Tuttavia non appare condivisibile ritenere che, sulla base della potenziale elusione delle norme circa il mero rimborso, la GPA vada proibita *tout court*. In ogni caso, il diffondersi della GPA a livello internazionale rende quanto mai urgente la definizione di alcuni punti cardine, a cominciare dalla definizione dei legami di filiazione tra il nato e gli *intended parents*, affinché si tuteli i bambini rispetto all'incertezza correlata alla mancata trascrizione dei loro atti di nascita o al rilascio dei documenti di identità. In altri termini, anche accettando di voler rinviare il dibattito in merito alla legittimità della pratica, alcuni strumenti di presidio per i bambini già nati da GPA andranno apprestati quanto prima, a rischio altrimenti di esporli a illegittime e illecite discriminazioni.

Rispetto alle tecniche di *preservazione* della fertilità, alcuni rilievi appaiono indispensabili. Pur ritenendosi chi scrive a favore di simili pratiche, non si può ignorare come esse possano costituire dei palliativi sul piano sociale rispetto a riforme strutturali più significative. In altri termini, legalizzare il *Social Egg Freezing* (SEF) può costituire un utile mezzo per contrastare il grande ricorso alle PMA dovute all'avanzare dell'età della donna per la prima gravidanza. Tuttavia tale protocollo sanitario non può, e non dovrebbe, essere proposto come *soluzione*. Realmente efficaci sarebbero solo delle riforme sociali ed economiche che tenessero in debita considerazione la parità di genere pur nella specificità della biologia femminile. Ciò significa, a titolo esemplificativo, immaginare di prevedere degli equi congedi per entrambi i genitori o delle forme di supporto per la maternità, sia economiche, sia sociali. Tali misure, tuttavia, non sono di rapida attuazione e il SEF, o *autoconservation ovocytair*e, può costituire uno strumento potenzialmente efficace per le donne costrette ad attendere troppo a lungo per provare a diventare madri.

La PMA con dono di gameti e la GPA rientrano quindi a buon titolo tra le *pratiche sociali* che impiegano procedure mediche, ma non certo tra le terapie che insistono sul *corpo* umano. Ancora una volta appare cruciale rimarcare tale elemento, al fine da un lato di fugare qualsivoglia perplessità in merito alla legittimità di queste pratiche connessa alla loro presunta o negata *naturalità* e, dall'altro, di auspicare un intervento del Legislatore quanto prima. Un intervento



che, tenendo conto della connotazione *sociale* delle pratiche in questione, sappia non solo regolare le procedure mediche che ne costituiscono l'origine (inaugurando quindi un modello bioetico italiano), ma anche esaminare con onestà e lucidità intellettuale i concreti effetti delle stesse, addivenendo quindi a una riforma almeno parziale del diritto di famiglia. In conclusione appare fondamentale, al fine di permettere lo sviluppo del dibattito bioetico in materia, rinunciare all'impostazione tradizionale che ha visto nella PMA con dono di gameti e nella GPA delle *cure* per la sterilità e accettare come esse costituiscano una sfida per la scrittura di una nuova antropologia e, conseguentemente, per la riforma di parte del diritto di famiglia. La scienza medica e le tecnologie hanno reso possibili scenari un tempo inimmaginabili per la creazione di un nuovo nucleo familiare. Ciò non comporta l'automatica accettabilità sul piano morale delle pratiche in questione, bensì la necessità di discuterne a fronte degli effetti già in atto. Perché se la società evolve a un ritmo meno rapido di quello al quale avanza la tecnologia, il compito del diritto è e rimane quello di farsi garante dell'equilibrio del rapporto tra esse, non sottraendosi al compito di regolarne le dinamiche. La bioetica, in questo senso, costituisce lo spazio migliore per il dialogo tra diverse discipline; un dialogo oggi giorno tanto indispensabile, quanto tristemente avvelenato da posizioni orientate ideologicamente e non scientificamente.



## APPENDICE

Le prospettive di revisione delle *Lois de Bioéthique* francesi per il 2019. I disegni di legge italiani n. 1630 n. 1607 e la proposta di legge C. 1906

### *L'anonimato nel dono di gameti*

L'epoca delle *lois de bioéthique*, inaugurata nel 1994, è caratterizzata da un costante aggiornamento della materia: ciascuna legge prevede infatti un termine di revisione di cinque o sette anni. Affinché sia garantita anche la democraticità e la qualità scientifica delle norme in oggetto, la *loi bioéthique 2011* ha specificato come ogni progetto di riforma che interroghi questioni etiche e sociali rispetto alla biologia, alla medicina e, in generale, alla salute, debba essere anticipato da un dibattito pubblico nella forma degli *États généraux de la bioéthique*. Il *Comité consultatif national d'éthique* (CCNE), indice gli Stati generali, li organizza e ne indirizza i lavori a seguito della consultazione delle commissioni parlamentari competenti e dell'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* (Opesct). Gli *États généraux* debbono essere indetti ugualmente ogni cinque anni qualora non sia in discussione un progetto di riforma<sup>1</sup>. Tale sistema di regolare aggiornamento è cruciale, data la natura del diritto alla salute, caratterizzato da un'incessante mutevolezza e dall'essere elemento determinante rispetto ai temi dell'eguaglianza e della non-discriminazione.

Nel 2018 sono stati dunque convocati gli *États généraux*, in vista della revisione delle leggi in materia bioetica, inizialmente prevista per l'inizio del 2019, ma rinviata in corso d'opera all'estate. Gli Stati generali, in relazione al tema della procreazione, si sono sviluppati in 71 incontri a livello regionale, con la partecipazione online di quasi 18mila soggetti, che hanno condiviso più di 29mila contributi. Si sono poi svolte 76 audizioni di associazioni, enti e movimenti interessati,

<sup>1</sup> Per maggiori dettagli sul processo di convocazione e lavoro degli stati generali della bioetica si rinvia alla loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, art. L1412-1-1, come modificato dalla loi n°2016-87 du 2 février 2016 - art. 12.

nonché 15 di società scientifiche<sup>2</sup>. L'esito di tali lavori ha rivelato alcuni elementi condivisi dai cittadini coinvolti, a cominciare dalla constatazione, nonché accettazione, della natura polimorfa delle strutture familiari odierne. Inoltre è emersa una diffusa consapevolezza circa la distinzione tra storia *biologica* e storia *sociale*, rispetto alle quali si colloca un legittimo *desiderio* (e non certo *diritto*) di avere un figlio, nonché l'esistenza di quei doveri genitoriali e comportamenti responsabili che permettono a ogni individuo di costruirsi come tale<sup>3</sup>. Nel dicembre 2017, inoltre, il *Conseil d'Etat* è stato investito dal Primo ministro dell'incarico di enucleare in via preliminare il quadro giuridico entro cui collocare la riforma. Così come per gli Stati generali, l'oggetto di studio non si è esaurito nella procreazione, ma si è anzi esteso alle condizioni di dono degli organi, dei tessuti, delle cellule e del sangue, nonché alla genomica, alle neuroscienze, all'intelligenza artificiale, alla situazione dei bambini c.d. *intersexes* e all'eutanasia. Infine, nel gennaio 2019 è stato presentato il *Rapport d'information* relativo alla riforma, sotto la guida del *rapporteur public* Jean-Louis Touraine (noto infatti come *Rapport Touraine*); questo documento costituisce l'ultimo passaggio prima del deposito di un disegno di legge. Il *Rapport Touraine* propone innanzitutto di strutturare un piano di lotta all'infertilità con un programma di prevenzione, per evitare il massiccio ricorso alle tecniche di PMA (per il peso fisico e finanziario sui soggetti interessati), che si fondi soprattutto su una più diffusa e puntuale informazione. Il *Rapport* propone in particolare di aumentare la sensibilizzazione al dono attraverso campagne apposite e di autorizzare il doppio dono di gameti<sup>4</sup>.

Quali sono state, in particolare, le tematiche affrontate dagli *États généraux* e dal *Conseil d'Etat* in materia di riproduzione umana? Innanzitutto la possibilità di eliminare il principio dell'anonimato rispetto al dono di gameti, previsione ventilata già all'alba della riforma del 2011. Come si è avuto modo di sottolineare, la questione dell'anonimato si pone al centro dei rapporti tra *enfants du don* e società, al di là di quelli privati tra gli *enfants* e i loro genitori "sociali".

<sup>2</sup> La descrizione dettagliata dello svolgimento degli *États généraux de la bioéthique* è contenuta in COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *tats généraux de la bioéthique, Rapport de synthèse*, Juin 2018.

<sup>3</sup> *Ivi*, p. 111.

<sup>4</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE - J.L. TOURAINE, *Mission d'Information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, n° 1572, enregistré le 15 janvier 2019, p. 47, 61 e 70.

Il *Conseil d'Etat* ha ricordato come l'«anonymat du don a ainsi plusieurs vertus. Outre qu'il est l'expression de la solidarité entre les hommes, et d'une forme de fraternité, il évite toute pression, limite les risques de trafic mais permet aussi au receveur, au donneur et à sa famille de mettre à distance le don et son poids potentiellement écrasant»<sup>5</sup>. Tuttavia emerge come l'evoluzione delle strutture familiari, nonché della società entro cui esse si collocano, richieda di riflettere su un nuovo equilibrio da stabilirsi tra anonimato del donatore e diritto degli *enfants IAD* di accedere a determinare informazioni circa la loro *origine*. Ciò in quanto la «diversification des modèles familiaux tend à banaliser la dissociation entre filiation juridique et biologique et atténue aujourd'hui la dimension potentiellement déstabilisante de la revendication de l'accès aux origines. Celle-ci est, dans le même temps, renforcée par l'importance accordée, à tort ou à raison, aux déterminismes génétiques»<sup>6</sup>. La secolare contrapposizione tra natura e cultura prosegue dunque nella difficoltà, seppur attenuata, di ridurre le istanze deterministiche connesse alla genetica. In questo senso nell'aprile 2018 la federazione dei CECOS ha parzialmente aperto alla proposta di rimodulare l'anonimato dei donatori, consentendo quindi ai nati dal dono l'accesso alle sole caratteristiche non identificanti (motivazione del dono, professione del donatore e suoi principali interessi)<sup>7</sup>. Secondo il *Conseil d'Etat* la soluzione migliore parrebbe quella di mantenere saldo il principio di anonimato al momento del dono, prevedendo la possibilità per gli *enfants IAD* di richiedere l'accesso a determinate informazioni solo al compimento della maggiore età. Ciò, evidentemente, senza che la riforma possa avere natura discriminatoria rispetto all'*oggetto* del dono, vale a dire coinvolgendo egualmente i donatori di seme, le donatrici di ovociti e le coppie donatrici di embrioni. Non solo, nessuna modifica del regime successorio o del sistema di filiazione verrebbe posta in atto, rimanendo saldo il principio giuridico che riconosce i genitori nella coppia che ha posto in essere il *project parental*.

Il massimo organo di consulenza del Governo ha dunque previsto tre scenari di possibile riforma. Il primo permetterebbe agli *enfants du don* di accedere alle informazioni sulle loro *origini* senza che il consenso del donatore sia necessario. Chiaramente tale ipotesi non avrebbe natura retroattiva e coinvolgerebbe dunque i soli donatori

<sup>5</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018, p. 93.

<sup>6</sup> *Ivi*, p. 97.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

che divengano tale in seguito alla promulgazione della legge. Il secondo schema prevederebbe invece di richiedere il consenso alla divulgazione delle informazioni in sede di dono, prevedendo, in caso di rifiuto, la possibilità di riesaminare la propria decisione nel momento in cui il nato dal dono divenga maggiorenne e proponga la sua richiesta. Simile impostazione comporterebbe la creazione di un doppio binario, ossia di una doppia categoria di donatori a seconda che il consenso venga o meno accordato, così come avviene in Danimarca<sup>8</sup>. Il terzo scenario, ripreso dal progetto di riforma proposto dal Governo francese nel 2011, prevederebbe di fissare *ab initio* il momento di richiesta del consenso del donatore alla maggiore età del primo degli *enfants du don* concepiti grazie al suo contributo. Secondo il *Conseil d'Etat* sembrerebbe opportuno richiedere anche il consenso, nello stesso momento, anche al coniuge del donatore.

Per quel che attiene alle informazioni divulgabili, la nozione di *storia* ritorna nello studio commissionato dal Primo ministro nel considerare come le informazioni non identificative (età, tratti fenotipici) «ne satisferont probablement pas les demandeurs, qui souhaitent, sinon pouvoir rencontrer leur donneur, à tout le moins se projeter dans une histoire ce qui suppose de communiquer des éléments de contexte plus identifiants, voire le nom»<sup>9</sup>. Affinché l'accesso a delle informazioni identificanti possa essere possibile, sarebbe comunque indispensabile che gli *enfants IAD* fossero messi a conoscenza delle modalità con le quali il loro concepimento è stato posto in essere. Il rispetto della vita privata impedisce di imporre ai genitori degli *enfants du don* la rivelazione dell'esistenza di un donatore, in quanto «[c]e secret appartient aux "secrets de famille" et, à ce titre, il est souvent préjudiciable à l'enfant. Le secret sur le mode de conception relevant de la vie privée du couple infertile, il paraît toutefois difficile pour le législateur d'intervenir sur ce terrain. Néanmoins, il est intéressant de noter la tendance des centres d'assistance médicale à la procréation à sensibiliser les couples aux conséquences préjudiciables d'un tel secret : les règles de bonne pratique mises au point par l'Agence de la biomédecine mettent en avant l'impératif de vérité, fondement de la confiance de l'enfant vis-à-vis de ses parents»<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> BRUNET L., *Donor anonymity and right of access to personal origins*, in *ESHRE - Council of Europe*, February 22<sup>nd</sup>, 2018, eshre.eu, consultato il 18 novembre 2018.

<sup>9</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, p. 100.

<sup>10</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique*, La révision des lois de bioéthique, 9 avril 2009, p. 52.

Tenuto conto di tale rilievo, il *Conseil d'Etat* ritiene preferibile evitare di richiedere il consenso ai genitori qualora i figli decidano di ottenere l'accesso alle informazioni sul donatore. Infine, allo scopo di non attribuire ai CECOS il gravoso compito della gestione dei dati sensibili, lo studio propone di individuare nel *Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles* (CNAOP) il soggetto giuridico deputato a ricevere nuovi mezzi per ricevere e soddisfare le richieste.

Su questi temi il *Comité consultatif national d'éthique* (CCNE) si è espresso nell'*Avis 129*, ponendo in luce da un lato come il concepimento di un nuovo individuo costituisca un momento di sintesi da profili biologici, psicologici, sociali e giuridici tra loro non isolabili. Dall'altro «[l]a question de l'origine ou des origines fait partie des questions essentielles que tout enfant aborde au cours de son développement psychique, avec la découverte de son identité sexuée, sa progression vers l'autonomie et la prise de conscience de la relation familiale dans laquelle il s'inscrit. Il va interroger les adultes et exprimer plus ou moins ses questions pour pouvoir construire son histoire». Tuttavia, «la levée de l'anonymat est une donnée qui ne permet pas de répondre à la question de l'origine, qui touche aussi à bien d'autres dimensions qui ont présidé à un projet procréatif et de transmission entre les générations»<sup>11</sup>. Benché l'eliminazione del principio dell'anonimato non possa quindi soddisfare integralmente gli interrogativi esistenziali, relativi quindi al bisogno di ricomporre una *storia* individuale, il CCNE riconosce come il diffondersi dei test genetici contribuisca all'aumento esponenziale delle ricerche dei donatori<sup>12</sup>. In quest'ottica occorre ricordare come nel 2005 lo stesso CCNE nell'*Avis 90* avesse messo in luce l'uguaglianza della dignità umana dei genitori e dei figli. Nel medesimo documento il Comitato aveva ricordato come fosse necessario trovare l'equilibrio più adatto affinché gli *enfants du don* potessero ricomporre la propria *storia*, dal momento che ciascuno di loro «hérite de fait de ces deux dimensions [biologiques et sociales] et de toute l'histoire qui a abouti à sa conception dans une unique filiation»<sup>13</sup>. Per queste ragioni il CCNE

<sup>11</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 129, Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, 18 septembre 2018, pp. 125-126.

<sup>12</sup> L'associazione PMAAnonyme pubblica con cadenza settimanale sul proprio sito, nonché sui propri canali *social*, un aggiornamento circa i numeri di donatori o "*demi-frères/demi-soeurs*" rintracciati. Sul loro sito è disponibile una sezione apposita: "*Témoignages tests ADN*", [pmanonyme.asso.fr](http://pmanonyme.asso.fr).

<sup>13</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 90, Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, 24 nov. 2005, p. 23.

nell'*Avis 129* raccomanda la ri-modulazione del principio di anonimato in un'ottica favorevole alla divulgazione delle informazioni richieste, tenuto anche conto delle esperienze straniere dove, in seguito alla rimozione dell'anonimato, il dono è diminuito nel breve periodo del 20-30%, per poi ritornare ai livelli precedenti alle riforme<sup>14</sup>. Sulla medesima linea si è collocato il *Rapport Touraine*, proponendo di permettere agli *enfants IAD* l'accesso alle proprie origini (genetiche) al compimento dei 18 anni, senza vincoli per i doni effettuati dopo l'entrata in vigore della legge e sotto condizione per quelli compiuti prima, ampliando le competenze del CNAOP o istituendo un organismo *ad hoc*<sup>15</sup>.

Infine, il 15 ottobre 2019, l'*Assemblée nationale* ha adottato il progetto di *loi relatif à la bioéthique* con 357 voti favorevoli, 114 contrari e 74 astenuti. Il progetto è stato quindi rimesso alla competente commissione del *Senate*, che vaglierà il progetto nel corso dell'autunno, prima di sottoporlo all'emiciclo nel gennaio 2020. L'art. 3 del progetto approvato dall'*Assemblée nationale* prevede che al compimento del 18° anno gli *enfants du don* potranno accedere a un insieme di informazioni non identificanti relative al donatore e/o alla donatrice e, se ne faranno richiesta, anche alla sua identità. Ciò a fronte, evidentemente, di un consenso espresso prestato da donatori e donatrici prima del dono di gameti<sup>16</sup>.

### *La c.d. PMA pour toutes*

Gli *États généraux de la bioéthique* hanno poi condotto una riflessione sul tema della c.d. *PMA pour toutes*, vale a dire per l'istanza di

<sup>14</sup> Due indagini condotte online hanno rivelato come il tema dell'anonimato rispetto al dono di gameti trovi i cittadini francesi profondamente divisi: l'indagine condotta dal *Nouvel Obs* riporta il 50% di soggetti favorevoli a mantenere l'anonimato e il 48% a favore della rimozione dell'anonimato, dietro consenso del donatore e alla maggiore età dell'*enfant IAD*. Il sondaggio condotto da *La Croix* in collaborazione con il *Forum européen de la Bioéthique*, riporta addirittura un 85% di persone favorevoli a mantenere l'anonimato e un 15% contrario a simile impostazione. DEFFONTAINES C., LEPAGE E., *PMA, GPA: les Français sont pour!*, 14 mars 2018, *nouvelobs.com*, consultato il 18 novembre 2018; FOURQUET J., *Les Français et les questions liées à la bioéthique, Ifop pour La Croix et le Forum européen de Bioéthique*, 4 janvier 2018, *ifop.com*, consultato il 18 novembre 2018.

<sup>15</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE - J.L. TOURAINE, *Mission d'Information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, n° 1572, enregistré le 15 janvier 2019, pp. 55-56.

<sup>16</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Adoption du projet de loi relatif à la bioéthique*, 15 octobre 2019, *assemblee-nationale.fr*.



ampliare i requisiti soggettivi di accesso alla PMA a tutte le donne, sia a quelle sole, sia a quelle in coppia con altre donne. Le due situazioni hanno in comune la necessità del ricorso a un dono di sperma, in un contesto chiaramente estraneo a quello *terapeutico* previsto dall'attuale normativa francese. In entrambe le circostanze il nascituro vivrà nell'«*absence de père*», che assumerà i tratti di «plusieurs “absences”»: *absence de la figure masculine, absence de père juridique et inaccessibilité du géniteur, tant que celui-ci reste anonyme. Sous le terme de “père”, revient s’unifier de manière complexe tout ce que les disjonctions propres à l’AMP amènent à séparer: le géniteur masculin (donneur de sperme), le père juridique reconnu selon les règles de filiation, la figure masculine par opposition au féminin, le double lignage généalogique par opposition à l’unicité des familles monoparentales, la différence au sein du couple, chacun de ces facteurs étant important pour l’enfant, sur un plan matériel, psychique et symbolique, dans la construction de soi, ainsi que pour la société dans son ensemble*<sup>17</sup>. Tuttavia, la situazione delle donne sole che richiedono di accedere ai trattamenti di PMA, differisce da quella delle donne in coppia omosessuale per la mancanza di un secondo *genitore*. Perciò il CCNE non manca di evidenziare come simile situazione possa costituire un *vulnus* nei confronti del nascituro, specialmente considerate le maggiori difficoltà socio-economiche riscontrate dalle famiglie monoparentali<sup>18</sup>. Simili rilievi, tuttavia, appaiono poco consistenti se si tiene a mente come, in seguito all'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso, sia divenuta possibile anche l'adozione da parte di due donne. Non solo, già il *code civil* del 1804 prevedeva l'adozione per le persone sole. Ciononostante, e senza dubbio di sorta, la possibilità di adottare un bambino, di fatto già privo dei genitori, non è

<sup>17</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 126, Avis du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017, p. 26. Le medesime preoccupazioni sono state ribadite dal CCNE nel precitato *Avis n° 129*. Simile spettro è evocato anche da MIRKOVIC A., *La PMA. Un enjeu de société*, Artège, Paris, 2018, p. 32 e p. 51, questo secondo riferimento, in particolare, alla *volontarietà* dell'assenza *a priori* di una figura maschile.

<sup>18</sup> *Ibidem*. A corollario di ciò può essere utile ricordare un'indagine dell'*Institut national de la statistique et des études économiques* (Insee) del 2011, secondo la quale il 71% dei ragazzi minorenni in Francia vivono con i due genitori *biologici*, nonostante l'aumento di separazioni e divorzi. Inoltre, il 18% vive in una famiglia monoparentale, sovente con la madre, mentre l'11% in una famiglia ricomposta. Nondimeno, un'indagine della Fédération des familles homoparentales del 2015 ha rivelato un aumento dei bambini di meno 5 anni che vivono con e sono nati da una coppia di donna (concepiti quindi attraverso una IAD).

assimilabile a quella di concepirla e portarla alla luce *ab initio* senza un doppio legame di filiazione. Rimane, in aggiunta a ciò, anche difficile stabilire *a priori* quale sia il portato della nozione dei *best interests* dei nascituri rispetto alla sussistenza o meno di una necessità di un doppio legame di filiazione. Infatti, se dal 2005, con una storica sentenza della *Cour de cassation*<sup>19</sup>, l'*intérêt supérieur* del bambino ha assunto un carattere *supra-législativo*, d'altro canto l'incertezza del concetto è valsa allo stesso la qualificazione di "*formule magique*" da parte di Carbonnier<sup>20</sup>. Inoltre in punto di diritto viene contestato come l'iscrizione di un bambino a una doppia linea di filiazione *femminile* costituirebbe una violazione del principio di indisponibilità dello stato delle persone, in quanto sin dal principio la filiazione sorgerebbe senza adesione tra dato biologico e dato giuridico. A questo proposito il CCNE mette in luce come, a prescindere dall'orientamento sessuale dei futuri genitori, qualsiasi procreazione con aiuto di un *terzo* ponga il medesimo problema.

Date queste premesse, il *Conseil d'Etat* constata come rispetto alla precedente revisione delle *lois de bioéthique*, il panorama sociale e giuridico nel quale si collocano le famiglie sia notevolmente mutato. Infatti, in seguito all'approvazione della *loi du 17 mai 2013* ("*mariage pour tous*"), a essere stato istituzionalizzato non è solo il matrimonio per le persone dello stesso sesso, ma anche l'accesso all'adozione di tutte le coppie sposate, a prescindere dal sesso<sup>21</sup>. Le famiglie omogenitoriali sono così divenute una realtà giuridica, oltre che fattuale. Da molti anni ormai le coppie di donne si rivolgono ai Paesi vicini alla Francia per ottenere una IAD e fondare un nuovo nucleo familiare; i bambini nati in questo contesto, nel dibattito pubblico sono conosciuti come "*bébés Thalys*"<sup>22</sup>. Ogni anno, come si legge nell'*Avis 126*, da 2mila a 3mila donne ricorrono a tecniche di PMA con dono di seme all'estero, per eludere la normativa francese<sup>23</sup>. Gli *Avis 126* e

<sup>19</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, *Bull.* 2005, I, n° 212, et Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 18 mai 2005, n° 02-16.336, *Bull.* 2005, I, n° 211.

<sup>20</sup> CARBONNIER J., *Droit civil. La famille, l'enfant et la couple*, 21<sup>e</sup> édition, Thémis, Tome 2, PUF, 2002, p. 85.

<sup>21</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, p. 56.

<sup>22</sup> L'appellativo deriva dal nome dell'impresa ferroviaria che collega Parigi, Bruxelles e Amsterdam, stante la possibilità, in Belgio e in Olanda, di ricorrere a una IAD anche per le donne sole e quelle in coppia con un'altra donna, come ricorda MIRKOVIC A., *La PMA. Un enjeu de société*, Artège, Paris, 2018, p. 11. La stessa possibilità è comunque riconosciuta anche in Spagna e Danimarca.

<sup>23</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Avis n° 126*, p. 27.

*Avis 129* tengono in considerazione come esistano anche pratiche sociali che non richiedono l'intervento di un professionista sanitario per ottenere una gravidanza per due donne. Il ricorso a un donatore amico, piuttosto che l'acquisto online di campioni, venduti dalle banche del seme internazionali, costituiscono alternative spesso più convenienti di una IAD all'estero.

Nello studio richiesto dal Primo ministro a opera del il *Conseil d'Etat*, vengono affrontate poi le possibili ripercussioni in materia di successione, giungendo alla conclusione *de plano* per cui l'apertura della PMA alle donne sole non chiederebbe alcun intervento, mentre uno *ad hoc* andrebbe previsto per le donne in coppia<sup>24</sup>. In questo senso, quindi, sarebbe indispensabile prevedere anche una riforma del diritto di famiglia che renda possibile stabilire il doppio legame di filiazione senza ricorrere a un'adozione da parte della donna che non abbia messo al mondo il bambino. L'adozione costituisce oggi giorno l'unica possibilità, divenuta possibile in seguito all'armonizzazione delle pronunce di merito operata a mezzo di due *avis* da parte della *Cour de cassation* nel settembre 2014<sup>25</sup>. Una questione cruciale è però da considerarsi, nel vagliare la possibilità di istituire un doppio legame di filiazione femminile *ab initio*: questa ipotesi si collocherebbe in aperta contraddizione con la *ratio* del diritto di famiglia francese rispetto ai legami di filiazione, *ratio* fondata sulla *verosimiglianza*, vale a dire sulla presunzione di un dato biologico a monte del legame. Il rispetto di tale schema è stato la causa, tra le altre, di affermazione della *simulazione* all'interno delle coppie eterosessuali che da quarant'anni ricorrono a una IAD. La *simulazione* per cui l'uomo o la donna infertili vengono fatti passare per *géniteurs* dopo aver ricevuto un dono di gameti. Per simili ragioni il il *Conseil d'Etat* ha valutato anche l'opzione di prevedere un modo di stabilimento della filiazione integralmente nuovo e volto a comprendere tutte le nascite avvenute in seguito a una IAD. Anche simile opzione presenta dei punti di debolezza, potendosi riscontrare una discriminazione delle coppie eterosessuali rispetto alla patologia che le affligge. Tuttavia, secondo chi scrive, simile constatazione costituisce un falso problema, che trova spazio nella misura in cui non si riconosce la vera essenza della IAD nelle coppie eterosessuali, sottolineata sovente nel corso della presente trattazione. La IAD, infatti, costituisce una pratica *sociale* in qualunque caso e a prescindere dal sesso e dall'orientamento sessuale

<sup>24</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, p. 58.

<sup>25</sup> Cass., *Avis*, 22 septembre 2014, n<sup>os</sup> 15010 et 15011.

dei componenti della coppia, se parlando di *terapia* si fa riferimento ai *corpi*. Nessun soggetto, etero od omosessuale che sia, acquisisce la fertilità in seguito a una IAD. Semplicemente, il soggetto beneficiario del dono di gameti riceve la possibilità di divenire genitore *sociale*, senza che il proprio corpo abbia tratto alcun beneficio *curativo* dal protocollo riproduttivo attuato. Il *Conseil d'Etat* propone quindi come soluzione da privilegiare l'introduzione di un regime di filiazione *ad hoc* per le coppie di donne che ricorrano a una IAD, attraverso una dichiarazione anticipata rilasciata da entrambe e che prenda la forma di documento notarile al momento della nascita del bambino. Tale dichiarazione risulterà a margine dell'atto di nascita dello stesso, permettendo il sorgere simultaneo del doppio legame ed evitando qualsiasi discriminazione tra le coppie eterosessuali. Da parte di chi scrive simile soluzione appare condivisibile per le coppie di donne, ma implica il permanere della *simulazione* rispetto alle coppie eterosessuali, ponendo a forte rischio la possibilità per gli *enfants du don* di conoscere il modo in cui sono stati concepiti. In aggiunta a ciò, il *Conseil d'Etat* prende in considerazione anche i casi di intervento di un "*donneur amical*", ipotizzando la possibilità di costituire uno schema dei rapporti di filiazione molto più malleabile di quello odierno, al fine di tenere in debito conto i profili schiettamente *volontaristici* (e non biologici) dei *projets parentals*. Ciò in quanto la possibilità per il donatore in relazione amichevole con la coppia di donne, o con la donna sola, di rinunciare al legame di filiazione appare in aperto contrasto con il principio di indisponibilità dello stato delle persone.

Dal punto di vista del peso finanziario dell'estensione della PMA alle coppie di donne e alle donne sole, il *Conseil d'Etat* sostiene che l'unica nuova spesa della quale dovrebbe farsi carico lo Stato sarebbe la IAD<sup>26</sup>, in quanto la cura nel percorso gestazione è già garantita a tutte le donne<sup>27</sup>. Non solo, tra le obiezioni sollevate contro l'estensione della PMA emerge anche quella connessa alla *penuria* di gameti maschili, per sopperire alla quale il *Conseil d'Etat* stima servirebbe il contributo di alcune centinaia di nuovi donatori. Il calcolo è operato a partire dal dato del Belgio, dove l'88% degli utenti che richiedono una IAD è costituito da donne sole o da donne in coppia con un'altra

<sup>26</sup> Il costo totale stimato dall'*Agence de la biomédecine* è di 1.098€ per l'intero ciclo (stimolazione, inseminazione, trasferimento). Cfr. CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, p. 65.

<sup>27</sup> Attualmente la PMA nelle sue due parti («les bilans et les soins de l'infertilité») è a carico dello Stato nella sua interezza fino al 43° compleanno della donna.

donna<sup>28</sup>. Il CCNE nell'*Avis 126* ipotizza quindi di prevedere una priorità «aux couples composés d'un homme et d'une femme dont l'infécondité serait de nature pathologique»<sup>29</sup>, pur evidenziando subito come simile norma decreterebbe una discriminazione infondata se la PMA fosse legalizzata anche per le donne sole o in coppia con altre. Non solo, a parere di chi scrive simile affermazione tradisce pienamente la concezione *terapeutica* della IAD per le coppie eterosessuali, continuando a sostenerne la palesamente infondata capacità *curativa*. In ogni caso, rispetto al tema della penuria di gameti, il CCNE e il *Conseil d'Etat* convengono sul pericolo che il principio della gratuità possa venir minato nelle sue fondamenta. Alcuni autori, in modo più estremo, sostengono come l'estensione dei requisiti soggettivi della PMA possa implicare l'affermazione di «un grand marche de la procréation ouvert sur des perspectives fort lucratives»<sup>30</sup>. Ciononostante i documenti di analisi concordano nell'intenzione di non concedere la rimozione del principio di gratuità dalla cornice della normativa in materia, soprattutto tenuto conto di come alcuni Paesi (come la Spagna e la Danimarca) «ont fait le choix d'augmenter l'offre de gamètes par la perspective d'une rémunération [...] l'expérience de ces pays montre que l'argent gagné décide quelqu'un à faire ce qu'il ne voulait pas faire gratuitement, ce qui constitue une nouvelle figure de violence. La gratuité, qui a pour objet de canaliser la violence des relations liées à ce type de gains, se paye de la pénurie. Protéger la liberté de l'offre revient à ne pas satisfaire la totalité des demandes. C'est un choix éminemment éthique et politique»<sup>31</sup>.

Ritornando ancora sul tema della *simulazione* legato alla IAD, appare indispensabile segnalare un passaggio dello studio commissionato dal Primo ministro francese, laddove si sostiene come «[l']évolution de l'AMP induite par son ouverture aux couples de femmes et aux femmes seules modifierait le rôle du médecin, qui ne serait plus appelé à aider un couple confronté à un problème d'infertilité de caractère pathologique mais à proposer une technique, certes médicalisée, pour satisfaire un désir, si légitime soit-il»<sup>32</sup>. L'idea che il ruolo del medico debba subire una mutazione a fronte delle potenziali richieste delle coppie di donne appare debole, in quanto posta in rela-

<sup>28</sup> COLLÈGE DE MÉDECINS, *Médecine de la reproduction*, 16 novembre 2017.

<sup>29</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Avis n° 126*, p. 24.

<sup>30</sup> MIRKOVIC A., *op. cit.*, p. 11.

<sup>31</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Avis n° 126*, p. 24.

<sup>32</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, p. 66.

zione alla natura *non terapeutica* della IAD. Come si è avuto modo di sottolineare in molte occasioni, nessuna IAD può dirsi pienamente terapeutica, a meno che non la si voglia annoverare quale cura della salute *psicologica*, in quanto in grado di soddisfare un legittimo e profondo desiderio umano. Differentemente, occorrerà tenere in conto come da ormai quarant'anni i medici della riproduzione operino al fine di *palliare* l'infertilità, di ovviarvi grazie al contributo di un soggetto *terzo* rispetto alla coppia, il contributo del quale in nessun modo *guarisce* l'infertilità che affliggeva uno dei suoi membri. Il CCNE, pur con una minoranza contraria, e il *Conseil d'Etat* si sono comunque espressi a favore dell'apertura alla c.d. *PMA pour toutes*, raccomandando esclusivamente il debito inquadramento giuridico dei rapporti di filiazione e di successione. Nella medesima ottica si è collocato il *Rapport Touraine*, descrivendo la *PMA pour toutes* come «une nouvelle étape sur le long chemin de l'émancipation des femmes par le renforcement de "l'autonomie des choix reproductifs" et sur celui de la reconnaissance de toutes les familles» e proponendo che le spese dei trattamenti siano a carico del sistema sanitario pubblico<sup>33</sup>.

Nel progetto di legge approvato dall'*Assemblée nationale* nell'ottobre 2019 è prevista l'apertura della PMA all'"*ensemble des femmes*", per sole o in coppia, eterosessuale od omosessuale, che siano. Viene prevista la legalizzazione del "doppio dono" di gameti, nonché la presa in carico egualitaria da parte dell'*Assurance maladie* a prescindere dalla ragione di accesso alla PMA. Nel caso di una coppia di donne, il legame di filiazione non terrà in conto del parto, vale a dire che entrambe le donne si vedranno riconosciuti i medesimi diritti e doversi verso il nascituro, a seguito di un consenso prestato davanti a un notaio. Ciò al netto di quanto nel gennaio 2020 il *Senate* possa proporre di modificare<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE - J.L. TOURAINE, *Mission d'Information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, n° 1572, enregistré le 15 janvier 2019, p. 50 e p. 73. Due indagini condotte online hanno rivelato non solo come la maggioranza del campione fosse favorevole a consentire l'accesso alle tecniche di PMA alle donne omosessuali (il 60% sia degli intervistati dal *Nouvel Obs*, sia di quelli de *La Croix*) e a quelle sole (60% per il *Nouvel Obs* e 57% per *La Croix*), ma anche come una maggioranza di poco superiore reputasse non aggiornate le norme in materia di bioetica; si vd. DEFFONTAINES C., LEPAGE E., *PMA, GPA: les Français sont pour!*, 14 mars 2018, *nouvelobs.com*, consultato il 18 novembre 2018; FOURQUET J., *Les Français et les questions liées à la bioéthique, Ifop pour La Croix et le Forum européen de Bioéthique*, 4 janvier 2018, *ifop.com*, consultato il 18 novembre 2018.

<sup>34</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Adoption du projet de loi relatif à la bioéthique*, 15 octobre 2019, *assemblee-nationale.fr*.

### La PMA post mortem

Ulteriore tematica oggetto di studio da parte degli *États généraux de la bioéthique*, nonché del *Conseil d'Etat*, è quella della PMA *post mortem*, vale a dire dei casi nei quali, in una coppia eterosessuale, la donna desideri concepire un figlio quando il partner sia defunto. Gli scenari possibili sono essenzialmente due. Il primo si ha quando la coppia avesse già intrapreso un percorso di PMA e gli embrioni ottenuti siano crioconservati in attesa di trasferimento in utero. Il secondo, invece, concerne i soli gameti maschili crioconservati, sia al fine di una PMA, sia senza tale finalità. Secondo il *Conseil d'Etat* a trovarsi in una delle due situazioni, in caso di decesso dell'uomo, potrebbero essere oggi quasi 100mila coppie<sup>35</sup>. La normativa vigente prevede che in caso di decesso di uno dei membri della coppia, gli embrioni possano essere donati a un'altra coppia, alla ricerca o siano distrutti ponendo fine alla loro conservazione (art. L. 2141-4 CSP).

Il CCNE si è espresso favorevolmente, attraverso 4 differenti *avis*, a una riforma che consenta il trasferimento in utero degli embrioni conservati in seguito al decesso dell'uomo<sup>36</sup>. Inoltre, in una pronuncia del 2016, il *Conseil d'Etat* ha riconosciuto una violazione dell'art. 8 della ECHR nel rifiuto opposto alla ricorrente, da parte dell'amministrazione francese, a poter ottenere il trasferimento dei gameti del marito in Spagna, al fine di poter concepire un figlio<sup>37</sup>.

Quali sono i principali problemi di ordine morale e giuridico che si pongono per simile pratica? Innanzitutto il concepimento di un individuo destinato a nascere con un solo genitore, tale non per fatalità, ma per libera scelta. Non solo, perché lo *status* psicologico della donna che intende perseguire un simile progetto è influenzato da un lutto, che può influenzare il "*récit identitaire*" del nascituro. Sul piano successorio, inoltre, apposite modifiche andrebbero approntate a

<sup>35</sup> AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Le rapport médical et scientifique de l'assistance médicale à la procréation et de la génétique humaines en France*, Paris, 2016, agence-biomedecine.fr, consultato il 18 novembre 2018.

<sup>36</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 40, Avis sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin)*, 17 décembre 1993; COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 60, Réexamen des lois de bioéthique*, 25 juin 1998; COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n°67, Avis sur l'avant-projet de révision des lois de Bioéthique*, 18 janvier 2000; COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 113, La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, 10 février 2011.

<sup>37</sup> CE, Ass., 31 mai 2016, *Mme G.*, n° 396848. La Spagna ha legalizzato la PMA *post mortem* nel 1988, mentre il Belgio nel 2007.

garanzia del concepito *post mortem*. Il *Conseil d'Etat* pone quindi un paragone tra questo tipo di concepimento e quello che si potrebbe realizzare se la PMA fosse legalizzata per le donne sole. In entrambi i casi i nascituri si troverebbero nella condizione di non possedere un duplice legame di filiazione *ab initio*. Perciò, da un lato nello studio si rileva la difficoltà di poter autorizzare la PMA per le donne sole, vietando quella *post mortem*; dall'altro, però, gli estensori si domandano «s'il n'est pas préférable pour l'enfant d'être issu d'une AMP *post mortem*, ce qui lui permettrait d'avoir une filiation bilinéaire et de s'inscrire dans un double lignage, de créer des liens avec sa famille paternelle et de connaître l'histoire et l'identité de son père, que d'un don de gamètes anonyme»<sup>38</sup>. Simile passaggio dà adito, *ictu oculi*, ad alcune contraddizioni. Com'è possibile sostenere che sia preferibile nascere connessi biologicamente a un individuo *morto*, conoscendone la profondità di legame con la madre, ma nell'impossibilità di intrattenervi una relazione? Ancora una volta la confusione tra il piano biologico e quello sociale fa il proprio ritorno.

Ciò premesso, occorre evidenziare come la legalizzazione della PMA *post mortem* richiederebbe un debito vaglio del *consenso* dell'uomo, nonché dell'esistenza di un *projet parental*. In questo senso non appare accettabile la *presunzione* di tali due elementi, come avviene in Spagna, sembrando invece indispensabile che, in sede di rilascio del consenso per una PMA (già previsto), si possa donare o rifiutare il consenso per la stessa ma *post mortem*. Tale consenso, inoltre, dovrebbe essere in qualunque momento ritrattabile. Così operando si potrebbe anche superare la difficoltà della distinzione tra i casi nei quali a essere sopravvissuti al defunto siano i gameti oppure gli embrioni. Simile distinzione, infatti, costituirebbe una discriminazione fondata sul tipo di patologia, considerato come solo alcune richiedano la formazione di un embrione *in vitro*.

Infine, per assicurare che il bambino venga concepito nel miglior ambiente possibile rispetto all'evento luttuoso che ha colpito la madre, sarebbe necessario prevedere un termine di attesa per consentire alla donna di riflettere e uno massimo entro cui richiedere il trasferimento o l'inseminazione. Tali termini, secondo il CCNE e il *Conseil d'Etat* potrebbero essere rispettivamente di 3 mesi e un anno<sup>39</sup>. Il CCNE, nell'*Avis 129* del 2018, si pone a favore della PMA

<sup>38</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, p. 71.

<sup>39</sup> In Belgio i termini sono invece di 6 mesi, minimo per poter riflettere, e 2 anni, massimo per il trasferimento o l'inseminazione.



*post mortem* in caso di embrioni crioconservati, attenendosi alla distinzione tra embrioni e spermatozoi difesa già nel 2011 nell'*Avis 113*. Lo studio del *Conseil d'Etat* si conclude invece a favore di entrambe le casistiche, esattamente come il *Rapport Touraine*, che ripropone anche i due termini temporali ipotizzati dal CCNE<sup>40</sup>. Il progetto di legge adottato dall'*Assemblée Nationale* nell'ottobre 2019 non contiene l'introduzione nell'ordinamento della PMA *post mortem*, pratica valutata non conforme all'interesse superiore del nascituro e potenzialmente lesiva dei suoi diritti<sup>41</sup>.

### L'autoconservazione degli ovociti

L'analisi degli *États généraux de la bioéthique* e del *Conseil d'Etat* si sono poi rivolte al tema del *social egg freezing* (SEF), meglio noto in Francia come *autoconservation ovocytaire*. La revisione delle *lois de bioéthique* potrà dunque riguardare anche l'ipotesi di consentire alle donne di crioconservare i propri gameti per libera scelta, senza che sorga una ragione medica o senza che vi sia il vincolo a donare i propri ovociti. In questo senso la normativa vigente vincola «pour accéder à leur droit désormais acquis, les femmes qui souhaitent conserver des ovocytes pour elles mêmes, à subir, à cause du don obligé, deux, trois voire quatre cycles d'hyper stimulation ovarienne, là où un cycle devrait normalement suffire. Elle expose ces femmes à des risques inutiles, elle est donc médicalement et éthiquement inacceptable»<sup>42</sup>. Infatti, non solo il dono va considerato meno libero, ma viene anche posto in posizione preminente rispetto alla conservazione per le donatrici, come si è avuto modo di vedere. Il CCNE nell'*Avis 126* si è espresso in senso contrario alla legalizzazione di tale pratica, mentre l'*Académie nationale de médecine* nel 2017 ha sostenuto la possibilità di una riforma favorevole<sup>43</sup>. Nell'*Avis 129*, tuttavia, il CCNE ha aperto alla possibilità di una «conservation ovocytaire de précaution sous conditions», purché questa rimanga distinta dal dono di ovociti, affinché non venga esercitata alcuna pressione sulla donna.

<sup>40</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE - J.L. TOURAINE, *Mission d'Information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, n° 1572, enregistré le 15 janvier 2019, p. 59-60.

<sup>41</sup> CORDIER S., *Les députés rejettent après de longs débats la PMA post mortem*, in *Le Monde*, 26 septembre 2019, lemonde.fr, consultato il 27 settembre 2019.

<sup>42</sup> ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, *Rapport 17-04, La conservation des ovocytes*, 13 juin 2017, p. 561.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

Coloro che si oppongono alla legalizzazione dell'*autoconservation ovocytaire* sostengono come tale mezzo risulti non proporzionato rispetto ai suoi risultati. Ciò non solo in relazione ai tassi di successo della PMA con gameti crioconservati, ma anche alla possibilità che la donna riesca a realizzare il proprio *projet parental* senza ricorso a quelli crioconservati. Inoltre, vi è chi sostiene che costituirebbe una misura più efficace quella di intervenire sul piano economico e su quello delle politiche lavorative, per consentire alle donne di non attendere troppo a lungo prima di avere un figlio, se desiderato. La riflessione appare condivisibile, ma simili interventi strutturali richiedono tempi tali da impedire a molte donne di poter realizzare il proprio desiderio di maternità in attesa di simili riforme. Infine, molto audacemente a parere di chi scrive, il *Conseil d'Etat* propone l'idea secondo cui l'*autoconservation* «est susceptible de conforter la norme sociale selon laquelle une femme ne peut se réaliser sans devenir mère, au risque d'alimenter une dévalorisation de celles qui, pour des motifs divers, choisis ou subis, ne le sont pas»<sup>44</sup>. Simile pensiero tradisce una visione quanto meno distorta del rapporto di causalità, assumendo come una possibilità tecnologica possa rafforzare una *norma sociale* nutrita più probabilmente da una cultura fortemente *ignorante* dell'autonomia femminile. Dal punto di vista temporale, lo studio del *Conseil d'Etat* suggerisce di fissare un'età massima di 37 anni per il prelievo degli ovociti e di 43 per il loro impiego. Sul piano finanziario, dati i costi ingenti della procedura (compresa tra i 3mila e i 6mila euro nella media europea)<sup>45</sup> la presa in carico totale da parte dell'*Assurance Maladie* appare quanto meno onerosa. D'altra parte simile opzione appare percorribile sostenendo come l'autoconservazione possa prevenire il ricorso a diversi cicli di PMA (attualmente a carico del sistema sanitario pubblico), nonché contribuire alle scorte di gameti (prevedendo la loro donazione in caso di mancato uso) e stimolare il Legislatore francese a intervenire sul piano sociale ed economico.

Il *Rapport Touraine* si colloca a favore dell'*autoconservation ovocytaire*, proponendo di autorizzare allo stoccaggio anche i centri privati (con licenza dell'*Agence de Biomédecine*) al fine di aumentare l'*offerta* di ovociti<sup>46</sup>. Il *projet de loi* adottato dall'*Assemblée Natio-*

<sup>44</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, p. 90.

<sup>45</sup> ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, *Rapport 17-04*, p. 560.

<sup>46</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE - J.L. TOURAINE, *Mission d'Information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, n° 1572, enregistré le 15 janvier 2019, p. 70. Inoltre un sondaggio online condotto dal *Nouvel Obs* ha rivelato come il 62% degli intervistati

nale nell'ottobre 2019 prevede che il solo requisito per l'autoconservazione sia quello anagrafico: agli uomini sarà proposta tra i 32 e i 45 anni, mentre alle donne tra i 32 e i 37. La conservazione sarà a carico finanziario dei diretti interessati e sarà possibile fino ai 43 anni della donna e i 59 dell'uomo. Ciò tenuto conto dell'ancora mancante approvazione del progetto da parte del *Senate*<sup>47</sup>.

### La GPA

In ambito riproduttivo l'ultimo tema, non certo per rilevanza, oggetto del lavoro di riflessione degli *États généraux de la bioéthique* e del *Conseil d'Etat* è quello della *Gestation pour Autrui* (GPA). Il CCNE nel 2011, nell'*Avis 110*, si era espresso in senso fortemente contrario alla pratica, sostenendo come questa minasse le fondamenta della dignità umana delle *mères porteuses* e come «[m]ême si l'on peut admettre que certaines gestatrices agissent dans le cadre d'une liberté effective, il reste qu'on peut ne pas souhaiter que la société accepte ce qui apparaît comme une aliénation, fût-elle volontaire»<sup>48</sup>. L'ipotesi di una GPA etica, basata su un consenso libero, appariva già nel 2010 un modello non accettabile. Ugualmente, gli estensori dell'*Avis 126* ribadiscono come il principale rischio di una GPA etica, o altruistica, consista nella destabilizzazione della relazione di parentela o di amicizia con la donna che accetti di portare il bambino per una coppia. Il medesimo documento prende poi in considerazione una categoria abitualmente non considerata, ossia quella delle donne che, pur senza patologie che affliggono la fertilità, decidono di non portare a termine nel proprio corpo una gravidanza<sup>49</sup>.

Il *Conseil d'Etat* ha constatato come, rispetto al parere del CCNE del 2010, «la demande sociale est plus pressante, elle s'inscrit dans un environnement juridique plus favorable aux unions de couples de per-

si sia detto a favore dell'autoconservazione degli ovociti, dopo aver ricevuto precise informazioni circa il calo di fertilità che inizia a verificarsi intorno ai 35 anni e il declino rapidissimo che avviene poco prima dei 40; cfr. DEFFONTAINES C., LEPAGE E., *PMA, GPA: les Français sont pour!*, 14 mars 2018, [nouvelobs.com](http://nouvelobs.com), consultato il 18 novembre 2018.

<sup>47</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Adoption du projet de loi relatif à la bioéthique*, 15 octobre 2019, [assemblee-nationale.fr](http://assemblee-nationale.fr).

<sup>48</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Avis n° 40, Problèmes éthiques soulevés par la Gestation pour Autrui (GPA)*, 1 avril 2010, p. 14.

<sup>49</sup> COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Avis n° 126*, p. 30. È la c.d. *designer surrogacy*, di cui si è avuto modo di trattare in precedenza.

sonnes de même sexe, ce qui a pu renforcer les aspirations de couples d'hommes à fonder une famille autrement que par la voie de l'adoption internationale, au demeurant particulièrement étroite. En outre, la situation juridique des enfants issus de GPA pratiquées à l'étranger a bénéficié d'évolutions jurisprudentielles notables. Par ailleurs, le débat sur la réforme de l'accès à l'AMP pour les couples de femmes et les femmes seules n'est pas sans résonnance sur le débat sur la GPA dont il est souvent dit qu'elle en serait le pendant pour les hommes. En 2017, environ 400 couples ou célibataires français auraient eu un enfant issu d'une GPA pratiquée à l'étranger. Ce contexte accentue la visibilité de la GPA mais exacerbe aussi la controverse juridique et éthique<sup>50</sup>. A contesto sociale e giuridico parzialmente mutato, la GPA anche nella sua versione *etica* appare non accettabile né da parte del *Conseil d'Etat*, né dal CCNE. Il primo, in particolare, sottolinea come il modello della GPA altruistica possa risolvere le critiche relative alla libertà del consenso, alla natura non commerciale del contratto ed, eventualmente, alla limitazione della pratica per i soli casi di sterilità medica comprovata. Tuttavia, a rimanere irrisolto è il nodo del principio dell'indisponibilità dello stato delle persone.

Lo studio del *Conseil d'Etat* sostiene inoltre come il principio di uguaglianza non si potrebbe applicare qualora la PMA *pour toutes* divenisse legale, in quanto, a tutti gli effetti, non può e non deve sussistere un diritto *al bambino*<sup>51</sup>. Perciò, nel concludere in senso non favorevole alla legalizzazione della pratica, il massimo organo consultivo del Governo sottolinea come l'attuale modalità per stabilire la filiazione dei bambini nati da GPA all'estero risulti la migliore. In altri termini, si tratta di consentire l'adozione da parte del genitore non legato biologicamente al bambino e, secondo l'*Avis 126* del CCNE, simile schema andrebbe arricchito di appositi sistemi di controllo, ivi compreso un test del DNA per il genitore che si dichiari legato biologicamente al bambino. Ciò nei casi nei quali, in sede di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, sorgano sospetti in merito alla natura criminale dell'operazione, specialmente nell'ottica del traffico internazionale di minori. Qualora il legame non risulti sussistere, la riforma, secondo il CCNE, dovrebbe prevedere l'immediata formazione dello status di adottabilità del bambino<sup>52</sup>. Pertanto, «[e]n définitive, le CCNE reste attaché aux principes qui justifient la prohibition de la GPA, principes invoqués par le législateur : respect de la per-

<sup>50</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, p. 77.

<sup>51</sup> *Ivi*, p. 81.

<sup>52</sup> COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 126*, p. 41.

sonne humaine, refus de l'exploitation de la femme, refus de la réification de l'enfant, indisponibilité du corps humain et de la personne humaine. Estimant qu'il ne peut donc y avoir de GPA éthique, le CCNE souhaite le maintien et le renforcement de sa prohibition, quelles que soient les motivations, médicales ou sociétales, des demandeurs. Le CCNE est ainsi favorable à l'élaboration d'une convention internationale pour l'interdiction de la GPA et recommandait, dans l'avis 126, l'engagement de négociations internationales, multilatérales dans ce cadre»<sup>53</sup>.

Il *Rapport Touraine* propone di permettere il riconoscimento automatico del *parent d'intention* per i bambini nati da GPA all'estero, quando questo riconoscimento sia stato stabilito legalmente nell'ordinamento straniero di riferimento<sup>54</sup>, tuttavia simile impostazione non è stata accolta nel *projet de loi* adottato dall'*Assemblée Nationale* nell'ottobre 2019 e difficilmente verrà modificato nel gennaio 2020 dal *Senate*<sup>55</sup>.

### *Prospettive di riforma in Italia: il d.d.l. 1630, il d.d.l. 1607 e la proposta di legge C. 1906*

Per quel che concerne l'Italia, attualmente tre distinte prospettive di riforma sono approdate al Senato e alla Camera per cercare di dotare il Paese di una nuova normativa in materia di PMA: il disegno di legge n. 1630 (più permissivo circa l'accesso alla diagnosi preimpianto, nonché alla selezione degli embrioni e regolante alcuni profili relativi al dono di gameti, ma che vincolerebbe la PMA ancora a una finalità strettamente terapeutica e residuale)<sup>56</sup>, il disegno di legge

<sup>53</sup> COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, Avis n° 129, p. 124.

<sup>54</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE - J.L. TOURAINE, *Mission d'Information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, n° 1572, enregistré le 15 janvier 2019, p. 109. Inoltre i sondaggi online più volte citati hanno proposto un quesito anche in merito alla GPA, rivelando come per il campione del *Nouvel Obs* il 55% degli interpellati fosse a favore della legalizzazione della pratica, mentre per *La Croix* il 46% (del quale il 32% favorevole per i soli casi fondati su ragioni mediche e il 14% a favore in qualunque circostanza); si vd. DEFFONTAISEN C., LEPAGE E., *PMA, GPA: les Français sont pour!*, 14 mars 2018, nouvelobs.com, consultato il 18 novembre 2018; FOURQUET J., *Les Français et les questions liées à la bioéthique, Ifop pour La Croix et le Forum européen de Bioéthique*, 4 janvier 2018, ifop.com, consultato il 18 novembre 2018.

<sup>55</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Adoption du projet de loi relatif à la bioéthique*, 15 octobre 2019, assemblee-nationale.fr.

<sup>56</sup> D.d.l. n. 1630, firmato dalla Senatrice De Biasi e colleghi, comunicato alla Presidenza del Senato il 23 settembre 2014.

n. 1607<sup>57</sup> e proposta di legge C. 1906<sup>58</sup>. Il disegno di legge n. 1607 costituirebbe un'autentica «“rivoluzione copernicana” nella disciplina [...] [r]ichiamando la “laicità delle istituzioni” e “la libertà delle scelte di coscienza” come fondamentali valori di riferimento» e quindi ponendo in relazione i diritti alla salute e alla genitorialità con quelli del nascituro<sup>59</sup>. Non solo, perché le nuove norme permetterebbero al nato da dono di gameti di ottenere dalle strutture referenti le informazioni non identificative del donatore o della donatrice. In aggiunta a ciò si prevede la possibilità, entro limiti ben stabiliti, di conservare e indirizzare gli embrioni “prodotti del concepimento” a scopi di ricerca, introducendo un discrimine temporale tra il prima e il dopo il 14° giorno di vita dell'embrione stesso. Ancora, il d.d.l. 1607 propone di consentire l'organizzazione, la pubblicizzazione e la commercializzazione di embrioni e gameti. La GPA resta invece vietata in tutte le sue forme e prevista, al contempo, la possibilità di sollevare obiezione di coscienza rispetto all'applicazione di tecniche di PMA. Occorre comunque tenere a mente come, a differenze della Francia, la revisione della normativa relativa alla PMA non sia iscritta nell'agenda politica più imminente, come dimostrano i quattro anni trascorsi dalla presentazione dei disegni di legge 1630 e 1607. Nel giugno 2019 è stata poi presentata la proposta di legge C. 1906, che all'art. 2 c.2 prevede come «vietata l'importazione di gameti da istituzioni estere che prevedano sotto qualunque forma la retribuzione dei soggetti donatori». Norma di chiaro impatto che, tuttavia, parrebbe tenere in poco conto la realtà procedurale in relazione alla penuria di gameti maschili e femminili. Viene proposto il mantenimento di un rigido principio di anonimato, derogabile solo per quanto attiene alla «sole informazioni di carattere sanitario e per ragioni strettamente sanitarie» (art. 2 c.5). Sono proposti poi un «programma di prevenzione in materia di infertilità femminile e maschile» (art. 4) e specifiche campagne di informazione in merito all'infertilità (art.5), l'efficacia effettiva dei quali andrebbe poi valutata a livello regolamentare. La PMA rimarrebbe accessibile alle coppie eterosessuali infertili e a quelle fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, senza che alcun cenno venga fatto alle donne single, a quelle in coppia con altre donne o alla GPA.

<sup>57</sup> D.d.l. n. 1630, a iniziativa dei Senatori Manconi e Palermo, comunicato alla Presidenza del Senato il 9 settembre 2014.

<sup>58</sup> Proposta di legge C. 1906, presentata l'11 giugno 2019 dall'On. Mammi e altri.

<sup>59</sup> BORSELLINO P., *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2018, p. 369.

## Bibliografia

- AGACINSKI S., *Corps en miettes*, Flammarion, Paris, 2013.
- AGAMBEN G., *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 2005.
- ALLAN S., *The Surrogate in Commercial Surrogacy: Legal and ethical Considerations*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015.
- ALLAN S., *Governing Transnational Surrogacy Practices: What role can national and international regulation play?*, in DAVIES M. (ed.), *Babies for sale? Transnational surrogacy, human rights and the politics of reproduction*, ZED, London, 2017.
- ALLEN A.L., , *Privacy, Surrogacy, and the Baby M Case*, in *Georgetown Law Journal*, 1988, 76.
- ALPA G., *Diritto «alla salute»*, in *Nov. Digesto It.*, Appendice, VI, 1986.
- ALROGY W., JAWDAT D., ALSEMARI M. et al., *Organ Trade Using Social Networks*, in *Saudi J Kidney Dis. Transpl.*, 2016, 27(5).
- AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Cross-border reproductive care: an Ethics Committee opinion*, in *Fertil Steril*, 2016, 106.
- AMOR D.J., KERR A., SOMANATHAN N. et al., *Attitudes of sperm, egg and embryo donors and recipients towards genetic information and screening of donors*, in *Reproductive Health*, 2018, 15.
- ANDERSON E.S., *Is Women's Labor a Commodity?*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1990, Vol. 19, No. 1.
- ANDREWS L.B., ELSTER N., *Regulating Reproductive Technologies*, in *Journal of Legal Medicine*, 2000, 21(1).
- APFEL R.J., KEYLOR R.G., *Psychoanalysis and infertility. Myths and realities.*, in *Int J Psychoanal*, 2002, 83(1).
- BAKER H., *A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There Lessons to be Learnt from the 1993 Hague Inter-country Adoption Convention?*, in TRIMMINGS K.,

- BEAUMONT P. (eds.), *International Surrogacy Arrangements*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2013.
- BALL P., *Dove sono finiti gli spermatozoi*, in *Internazionale*, Anno 26, n. 1280, 31 ott. 2018.
- BARBUJANI G., VOZZA L., *Il gene riluttante. Diamo troppe responsabilità al DNA?*, Zanichelli, Bologna, 2016.
- BARNETT R., BANKS N., DECHERNEY A.H., *Endometriosis and fertility preservation*, in *Clin. Obstet. Gynecol.*, 2017, 60.
- BARRY V., *Bioethics in a Cultural Context: Philosophy, Religion, History, Politics*, Cengage Learning, Boston, 2011.
- BARTLETT F.C., *Remembering. A Study in Experimental and Social Psychology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2<sup>nd</sup> ed., 1995.
- BATEMAN-NOVAES S., *Moraliser l'artifice: religion et procréation assistée. Le cas du modèle CECOS*, in MAÎTRE J., MICHELAT G.(eds.), *Religion et sexualité, actes du colloque de l'Association française de sciences sociales des religions*, IRESCO, 4-5 fév. 2002, L'Harmattan, Paris, 2003.
- BAUMAN Z., *Gli usi postmoderni del sesso*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 60.
- BEAUCHAMP T. L., CHILDRESS J.F, *Principles of biomedical ethics*, Oxford University Press, New York, 6<sup>th</sup> ed., 2009.
- BECKETT L., *Choosing Cesarean: Feminism and the politics of childbirth in the United States*, in *Feminist Theory*, 2005, 6.
- BENAGIANO G., FILIPPI V., SGARGI S. et al., *Italian Constitutional Court removes the prohibition on gamete donation in Italy*, in *Reproductive BioMedicine Online*, 2014, 29.
- BERENI L., CHAUVIN S., JAUNAIT A. et al., *Introduction aux études sur le genre*, De Boeck Supérieur, Louvain-la-Neuve, 2<sup>e</sup> éd. revue et augmentée, 2016.
- BERG A.O., BAIRD M.A., BOTKIN J.R. et al., *National Institutes of Health State-of-the-Sciences Conference Statement: Family History and Improving Health*, in *Ann. Intern. Med.*, 2009, 151 (12).
- BERLINGUER G., *Etica della salute*, Il Saggiatore, Milano, 1997.
- BESSON S., *The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child*, in FREEMAN M. (ed.), *Children's Rights: Progress and Perspectives: Essays from the International Journal of Children's Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011.
- BETTA E., *L'altra genesi*, Carocci editore, Roma, 2012.
- BHARADWAJ A., *The other mother: supplementary wombs and the surrogate state in India*, in KNECHT M., KLOTZ M., BECK S. (eds.),



- Reproductive Technologies as Global Form. Ethnographies of Knowledge, Practices, and Transnational Encounters*, Campus Verlag, Frankfurt & New York, 2012.
- BIANCA M., *Le decisioni di fine vita*, Quaderni della Rivista del Notariato, Giuffrè, Milano, 2011.
- BIGGERS J.D., RACOWSKY C., *A Brief Outline of the History of Human In-Vitro Fertilization*, in KOVACS G., BRINDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2018.
- BOBBIO N., *Natura e funzione della filosofia del diritto*, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.
- BOK S., *WHO Definition of Health, Rethinking the*, in *International Encyclopedia of Public Health*, 2<sup>nd</sup> ed., Volume 7, Harvard University, Cambridge-MA, 2017.
- BORSELLINO P., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2018.
- BOZZARO C., *Is egg freezing a good response to socioeconomic and cultural factors that lead women to postpone motherhood?*, in *Reproductive Biomedicine Online*, 2018, 36.
- BRAIDOTTI R., *Il postumano. La vita oltre l'individuo, oltre la specie, oltre la morte*, DeriveApprodi, Roma, 2014.
- BRAMBILLA G., FAGGIOLI F., *Uova d'oro. L'eugenetica, il grande affare della salute riproduttiva e la nuova bioschiavitù femminile*, Editori Riuniti University Press, Roma, 2016.
- BREWER H., *Euteleogenesis*, in *Eugenics Review*, 1935, 27.
- BRIGGS L., *Reproductive technology: Of labor and markets*, in *Fem. Stud.*, 2010, 36 (2).
- BRINDEN P.R., APPLETON T.C., MURRAY E., et al., *Treatment by in vitro fertilisation with surrogacy: the experience of a single centre in the United Kingdom*, in *Br Med J*, 2000, 320.
- BRINDEN P.R., *Gestational surrogacy*, in *Hum Reprod Update*, 2003.
- BRINDEN P.R., *Surrogacy's Past, Present, and Future*, in SCOTT SILLS E., *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2016.
- BRINDEN P. R., *The Story of Patrick Steptoe, Robert Edwards, Jean Purdy, and Bourn Hall Clinics*, in KOVACS G., BRINDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2018.

- BÜHLER N., *Imaging the future of motherhood: the medically assisted extension of fertility and the production of genealogical continuity*, in *Sociologus*, 2015, 65.
- BUSBY K., VUN D., *Revisiting The Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Motherhood*, in *Can. J. Fam. L.*, 2010, 13, 34.
- CABALLERO S.M., *Gestational Surrogacy in California*, in SCOTT SILLS E., *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2016.
- CAHEN F., VAN WIJLAND J., *Inventer le don de sperme. Entretiens avec Georges David, fondateur des Cecos*, Éditions Matériologiques, Paris, 2016.
- CAILLÉ A., *Anthropologie du don*, La Découverte, Paris, 2007.
- CALLAHAN D.L., *The WHO Definition of Health*, in *Hastings Center Studies*, 1973, I, 3.
- CALLAHAN D.L., *What Price Better Health? Hazards of the Research Imperative*, University of California Press, Berkeley - CA, 2003.
- CANALE D., *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., *Il governo del corpo*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (dir. da), *Trattato di Biodiritto*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2011.
- CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., *Il governo del corpo*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (dir. da), *Trattato di Biodiritto*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2011.
- CANESTRARI S., *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- CARBONNIER J., *Droit civil. La famille, l'enfant et la couple*, 21<sup>e</sup> édition, Thémis, Tome 2, PUF, Paris, 2002.
- CARBONNIER J., 1<sup>er</sup> avril 1994, *École nationale de la magistrature*, dans THÉRY I. ET DE TADDEO C., *Le mariage n'est plus le socle de la famille*, in *Le Journal du dimanche*, 3 nov. 2012.
- CASALINI B., *Il femminismo e le sfide del neoliberismo. Postfemminismo, sessismo, politiche della cura*, IF Press, Roma, 2018.
- CASONATO C., *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento*, Litotipografia Alcione, Trento, 2006.
- CHEN C., *Pregnancy after human oocyte cryopreservation*, in *Lancet*, 1986, 1(8486).

- CHERVENAK F.A., MCCULLOUGH L.B., *An ethical critique of boutique fetal imaging: a case for the medicalization of fetal imaging*, in *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, 2006, 194(5).
- CHEVALIER B., *Donner ses gamètes: savoir pourquoi sans savoir pour qui*, in *Andrologie*, 2010, 20 (1).
- CHODOROW N., *Family Structure and Feminine Personality*, in ROSALDO M.Z., LAMPHERE L. (eds), *Woman, Culture and Society*, Stanford University Press, Stanford, 1974.
- CHOW K.-M., CHEUNG M.-C., CHEUNG I.K., *Psychosocial interventions for infertile couples: a critical review*, in *Journal of Clinical Nursing*, 2016, 25.
- CHRISTMAN J., *Feminism and Autonomy*, in BUSHNELL D., *Nagging Questions: Feminist Ethics in Everyday Life*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1995.
- CIRILLO L. (a cura di), *Utero in affitto o gravidanza per altri? Voci a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2017.
- CLÉMENT J.-L., *Mon père est mon père*, L'Harmattan, Paris, 2009.
- COCUZZA M., ALVARENGA C., PAGANI R., *The epidemiology and etiology of azoospermia*, in *Clinics*, 2013, 68 (S1).
- COLLINS F.S., *The language of life: DNA and the revolution in personalized medicine*, Harper, New York, 2010.
- COMPORTI M., *Ingegneria genetica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici*, in *Justitia*, III, 1985.
- COOPER M., WALDBY C., *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, DeriveApprodi, Roma, 2015.
- CORBELLINI G., LALLI C., *Bioetica per perplessi. Una guida ragionata*, Mondadori Università, Milano, 2016.
- CORDIANO A., *Dal principio dell'ascolto all'autodeterminazione dispositiva del minore: il consenso informato in pediatria*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012.
- COREA G., *The mother machine. Reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*, Harper and Row, New York, 1985.
- CORTI I., *La maternità per sostituzione*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., *Il governo del corpo*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (dir. da) *Trattato di Biodiritto*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2011.
- COWDEN M., *'No Harm, no Foul': A Child's Right to Know their Genetic Parents*, in *Int. J. Law. Pol.Fam*, 2012, 26 (1).
- DAAR J., *Regulating reproductive technologies: panacea or paper tiger*, in *Houston Law Review*, 1997, 34.
- D'AGOSTINO F., *Dalla bioetica alla biogiuridica*, in *Transizioni*, 13-14, 1989.

- D'AGOSTINO F., in *Politica*, in *Corriere della sera*, 9 giu. 2005.
- D'AGOSTINO F., *Bioetica e biopolitica, Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2011.
- DANNA D., *"Fare un figlio per altri è giusto": Falso!*, Laterza, Bari, 2017.
- DASGUPTA S., DASGUPTA S.D., *Shifting dands: transnational surrogacy, e-motherhood, and national building*, in DASGUPTA S., DASGUPTA S.D. (eds.), *Globalization and Transnational Surrogacy in India: Outsourcing Life*, Lexington Books, Lanham, 2014.
- D'AVACK L., *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino, 2<sup>a</sup> ed., 2009.
- D'AVACK L., *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 3<sup>a</sup> ed., 2016.
- DAVID G., PRICE W.S., *Human artificial insemination and semen preservation, Proceedings of the international symposium on artificial insemination and semen preservation, held in Paris, April 9-11, 1979*, Plenum Press, New York, 1980.
- DAVIS-FLOYD R., *Birth as an American Rite of Passage*, 2<sup>nd</sup> edition, University of California Press, Berkeley, 2004.
- DE BEAUVOIR S., *Le deuxième sexe*, II, Gallimard, Paris, 1949 renouvelée en 1976.
- DE FRANCESCO S., *La fecondazione artificiale nella donna*, Istituto La Casa, Milano, 1949.
- DE KRETZER D.M., *The Application of In-Vitro Fertilization in the Management of the Infertile Male*, in KOVACS G., BRINSDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2018.
- DELAISI DE PARSEVAL G., *Famille à tout prix*, Éd. du Seuil, Paris, 2008.
- DELAISI DE PARSEVAL G., *Ne pas l'épouser*, in *Anthropologie et Sociétés*, vol. 33, n° 1, 2009.
- DELASSUS J.-M., *La vie prénatale humaine*, en DELASSUS J.-M. (sous la dir. de), *Le corps du désir. Psychanalyse de la grossesse*, Dunod, Malakoff, 2010.
- DELAUNAY C., *The beginning of human life at the laboratory: The challenges of a technological future for human reproduction*, in *Technology in Society*, 2015, 40.
- DE LUNA N., *Éthique et gratuité: la plaidoyer de la banque de sperme de Paris*, in *Le Quotidien du médecin*, 18 déc. 1991.
- DE MELO-MARTIN I., *How best to protect the vital interests of donor-conceived individuals: prohibiting or mandating anonymity in gamete donations*, in *Repr. BioMed. and Soc. Online*, 2016, 3.

- DENEUBOURG J., *Parcours d'un donneur de gamètes*, L'Harmattan, Paris, 2018.
- DEOMAMPO D., *Transnational Reproduction. Race, Kinship, and Commercial Surrogacy in India*, NYU Press, New York, 2016.
- DEPADT V., *Anonymiser la vie? Le Conseil d'État, le don de gamètes et la volonté de savoir*, Lextenso éd., Issy-Les-Moulineaux, 2017.
- DEY S., *The New Surrogacy Bill 2016: Is exclusion the only form of effective regulation?*, in *Journal of Reproductive Health and Medicine*, 2016, (2).
- DIJAN J. (sous la dir. de), *La médecine contemporaine*, Gallimard, Paris, 1967.
- DI MAURO E., *Epigenetica, il DNA che impara. Istruzioni per l'uso del patrimonio genetico*, Asterios Editore, Trieste, 2017.
- DONCHIN A., *Understanding Autonomy Relationally*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 1998, 23, 4.
- DONDORP W., DE WERT G., PENNINGS G. et al., *ESHRE Task Force on Ethics and Law 21: genetic screening of gamete donors: ethical issues*, in *Hum. Reprod.*, 29 (7).
- DONEGANI J.-M., *Le paternalisme, maladie sénile du libéralisme?*, en *Raisons politiques*, 2011, 4 (44).
- DONNEZ J., DOLMANS M.-M., *Ovarian cortex transplantation: 60 reported live births brings the success and worldwide expansion of the technique towards routine clinical practice*, in *J Assist Reprod Genet.*, 2015, 32(8).
- DROOGHENBROECK S., *The concept of "possessions" within the meaning of Article 1 of the First Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *The European Legal Forum* (E), 7-2000/01.
- DOYAL L., PENNELL I., *The Political Economy of Health*, Pluto Classic, London, 1994.
- DUDEN B., *Disembodying Women: Perspectives on Pregnancy and the Unborn*, Harvard University Press, Cambridge - MA, 1993.
- DURANTE V., *La salute come diritto della persona*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., *Il governo del corpo*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (dir. da) *Trattato di Biodiritto*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2011.
- DWORKIN A., *Right-wing women: The politics of domesticated females*, Perigee Books, New York, 1983.
- EGÉA P., *Les formes constitutionnelles de la santé*, in *Constitutions et Santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, numéro hors-série, juin 2013.

- EIM CONSORTIUM, *Spain now Europe's most active country in ART*, in *ESHRE - Focus on reproduction*, September 2017.
- EKMAN K.E., MALM H.M., *Commodification or compensation: a reply to Ketchum*, in BEQUAERT H.M., PURDY L.M. (eds.), *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, Bloomington, Indiana University Press, 1992.
- EKMAN K.E., *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy, and the Split Self*, Melbourne, Spinifex Press, 2013.
- EKMAN K.E., HELLERSTRÖM L., *The Swedish Women's Lobby. A feminist no to surrogate motherhood*, in DAVIES M. (ed.), *Babies for sale? Transnational surrogacy, human rights and the politics of reproduction*, ZED, London, 2017.
- ELLS C., *Shifting the Autonomy Debate to Theory as Ideology*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2001, 26.
- ENGELHARDT H.T. JR., *The Foundations of Christian Bioethics*, M & M Scrivener Press, Salem - MA, 2000.
- ENGELHARDT H.T. JR., *Bioetica secolare/laica*, in RUSSO G. (a cura di), *Enciclopedia di bioetica e sessuologia*, Elledici, Torino, 2004.
- ERGAS Y., *Babies without borders: human rights, human dignity and the regulation of international commercial surrogacy*, in *Emory Int Law Rev.*, 2013.
- ESCUADERO A., *La riproduzione artificiale dell'umano*, Ortica editrice, Aprilia, 2016.
- FABERON F., *Constitutions et Santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, numéro hors-série, juin 2013, RDSS 2014.
- FALCONNET G., LEFAUCHEUR N., *La fabrication des mâles*, Éditions du Seuil, Paris, 1975.
- FAUSTINI F., FORTE M., *Un viaggio inaspettato. Quando si diventa genitori con la fecondazione eterologa*, Imprimatur di Rizzoli, Reggio Emilia, 2017.
- FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 3, in *Harm to Self*, Oxford University Press, 1986.
- FELDMAN E.A., *Baby M Turns 30: The Law and Policy of Surrogate Motherhood*, in *American Journal of Law and Medicine*, 2018, 44.
- FERRANDO G., *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Politica del diritto*, a. XLIII, n. 1, 2012.
- FERRANDO G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2017.
- FERRARA R., *Salute (diritto alla)*, in *Digesto pubbl.*, XIII, UTET, Torino, 1997.
- FERRARA R., *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, Torino, 2007.
- FERRARRETTI A., PENNINGS G., GIANAROLI L., et al., *Cross border reproductive care: A phenomenon expressing the controversial*

- aspects of reproductive technologies, in *Repr BioMedicine Online*, 2010, 20.
- FIELD M., *Compensated Surrogacy*, in *Wash. Law Rev.*, 2014, 89.
- FILIPPINI N.M., *Levatrici e ostetricanti a Venezia tra Sette e Ottocento*, in *Quaderni storici*, nuova serie, Vol. 20, No. 5, 1985.
- FILIPPINI N.M., *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, Viella, Roma, 2017.
- FOUCAULT M., *La volontà di sapere*, Feltrinelli, Milano, 1978.
- FRANCESCHI H., ORTIZ M. A., *Discrezione di giudizio e capacità di assumere: la formulazione del canone 1095*, Giuffrè, Milano, 2013.
- FRANKLIN S., *Embodied progress: A cultural account of reproduction*, Routledge, London, 1997.
- FRANKLIN S., RAGONÉ H., *Reproducing reproduction: Kinship, power, and technological innovation*, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1998.
- FREEMAN M.D.A., *The Moral Status of Children: Essays on the Rights of the Children*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1997.
- FREEMAN L., *Confronting diminished epistemic privilege and epistemic injustice in pregnancy by challenging a 'panoptics of the womb'*, in *The Journal of Medicine and Philosophy*, 2015, 40 (1).
- FRIEDMAN M., *Autonomy, Gender, and Politics*, Oxford University Press, New York, 2003.
- FRYDMAN R. F., *Le droit de choisir, Manifeste des médecins et biologistes de la procréation médicale assistée*, Éd. du Seuil, Paris, 2017.
- FRYDMAN R.F., *The Development of In-Vitro Fertilization in France*, in KOVACS G., BRINSDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2018.
- FULCHIRON H., SOSSON J. (sous la dir. de), *Parenté, filiation, origine*, Bruylant, Bruxelles, 2013.
- FURNO E., *La Corte Costituzionale impone l'obbligo del rispetto del giudicato costituzionale. Osservazioni a margine di Corte Cost. n. 169/2015*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015.
- GALLO F., LALLI C., *Il legislatore cieco. I paradossi della legge 40 sulla fecondazione assistita*, Editori Internazionali Riuniti, Lavis-Trento, 2012.
- GALLOWAY K., *Theoretical Approaches to Human Dignity, Human Rights and Surrogacy*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015.
- GARRETT T.M. et al., *Health Care Ethics*. Prentice Hall, Upper Saddle River, N.J., 2nd Edition, 1993.

- GERBER P., O'BYRNE K., *Souls in the House of Tomorrow: The Rights of Children Born via Surrogacy*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015.
- GIANAROLI L., SGARGI S., MAGLI M.C. et al., *The Development of In-Vitro Fertilization in Italy*, in KOVACS G., BRINSDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2018.
- GIANINI BELOTTI E., *Dalla parte delle bambine. L'influenza dei condizionamenti sociali nella formazione del ruolo femminile nei primi anni di vita*, Feltrinelli, Milano, 1<sup>a</sup> ed., 1973.
- GILLIGAN C., *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge - MA, 6<sup>th</sup> printing, 1983.
- GOSLINGA-ROY G.M., *Body boundaries, fiction of the female self: An ethnographic perspective on power, feminism, and the reproductive technologies*, in *Fem. Stud.*, 26 (1), 2000.
- GREENWOOD E.A., PASCH L.A., HASTIE J. et al., *To freeze or not to freeze: decision regret and satisfaction following elective oocyte cryopreservation*, in *Fertility and Sterility*, 2018, 109(6).
- GREGG R., *Pregnancy in a high-tech age: Paradoxes of choice*, NYU Press, New York, 1995.
- GREGOIRE A.T., MAYER R.C., *The Impregnators*, in *Fert. & Ster.*, 1965, vol. 16, no. 1.
- GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari, 2003.
- GRYNBERG M., *The challenges of fertility preservation in cancer patients: an interview with Michael Grynberg*, in *Future Oncol.*, 2018, 14(6).
- HABERMAS J., *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002.
- HAIMES E., *Issues of Gender in Gamete Donation*, in *Soc. Sci. Med.*, 1993, Vol. 36, No. 1.
- HARD A.D., *Artificial impregnation*, in *Med. World*, 1909, 27, 163.
- HARRISON L., *Brown bodies, white babies. The politics of cross-racial surrogacy*, NYU Press, New York, 2016.
- HEAPE W., *Preliminary note on the transplantation and growth of mammalian ova within a uterine foster mother*, in *Proc Roy Soc London*, 1891, 48.
- HENNEBICQ S., JUILLARD J.-C., LE LANNOU D., *Données descriptives de l'activité d'Assistance médicale à la procréation avec don de spermatozoïdes au sein des CECOS de 1973 à 2006 en France*, in *Andrologie*, 2010, Vol. 20, n°1.



- HERTZ R., NELSON M. K., KRAMER W., *Gendering gametes: The unequal contributions of sperm and egg donors*, in *Social Science & Medicine*, 2015, 147.
- HOLLAND S., *Bioethics. A philosophical introduction*, Polity Press, Cambridge UK, 2nd ed., 2017.
- ILLICH I., *Nemesi medica. L'espropriazione della salute*, Milano, Mondadori, 1977.
- ISACHENKO V., ISACHENKO E., KECK G. et al., *First live birth in germany after re-transplantation of cryopreserved ovarian tissue: original device for initiation of ice formation*, in *Clin. Lab.*, 2012, 58(9-10).
- ISTEREVYCH T., *International Surrogacy Arrangements: The Problem of Recognition of Legal Personhood*, LLM Thesis, Central European University, 2013.
- JONDET M.C., *Problèmes psychologiques, moraux, religieux et juridiques soulevés par l'insémination thérapeutique humaine*, Thèse de Médecine validé le 13 juin 1975.
- JONES B. P., SASO S., MANIA A. et al., *The dawn of a new ice age: social egg freezing*, in *Nordic Federation of Societies of Obstetrics and Gynecology*, in *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica*, 2018, 97.
- JUTH N., *Genetic Information Values and Rights: The Morality of Presymptomatic Genetic Testing*, Sweden: acta universitatis Gothenburgensis, Gothenburg, 2005.
- KANE E., *Birth Mother: The Story of America's First Legal Surrogate Mother*, Harcourt, San Diego, 1988.
- KARPIN I., SAVELL K., *Perfecting Pregnancy: Law, Disability, and the Future of Reproduction*, Cambridge University Press, New York, 2012.
- KEANE N., *The Surrogate Parenting Contract*, in *Adelphia L.J.*, 1983, 2, 45.
- KELLMER-PRINGLE M., *The needs of Children*, Hutchinson, London, 1980.
- KERMALVEZEN A., *Né de spermatozoïde inconnu*, Éditions J'ai Lu, Paris, 2010.
- KERMALVEZEN A., *Mes origines: une affaire d'État*, Max Milo Éditions, Paris, 2014.
- KLEIN R., *Surrogacy. A Human Rights Violation*, Spinifex Press, Queensland, 2017.
- KLOCK S.C., *Disclosure decisions among known and anonymous egg donor recipients*, in SAUER M.V. (ed.), *Principles of Oocyte and Embryo Donation*, Springer Verlag, London, 2013.

- KNIGHT M., NAIR M., TUFFNELL D., on behalf of MBRRACE-UK (eds), *Saving lives, improving mothers' care - surveillance of maternal deaths in the UK 2012-14 and lessons learned to inform maternity care from the UK and Ireland, Confidential Enquiries into Maternal Deaths and Morbidity 2009-14*, University of Oxford, Oxford, 2016.
- KRAUSZ C., RIERA-ESCAMILLA A., *Genetics of male infertility*, in *Nature Rev. Urology*, 2018, Apr. 5th, 2018.
- KUEHN B., *CDC promotes care before conception*, in *JAMA: Journal of the American Medical Association*, 2006, 295 (22).
- KUHSE H., *The Sanctity-of- Life Doctrine in Medicine*, Oxford, Clarendon, 1987.
- KUKLA R., *Mass Hysteria: Medicine, Culture, and Mothers' Bodies*, Rowman and Littlefield, Lanham, 2005.
- LABORIT H., *L'hibernation artificielle: les résultats obtenus depuis 5 ans*, in *Atomes. Tous les aspects scientifiques d'un nouvel âge*, déc. 1957.
- LALLI C., *Libertà procreativa*, Liguori Editore, Napoli, 2004.
- LANG R., *Riprendiamoci il parto. Esperienze alternative di parto: resoconti, testimonianze, immagini*, trad. it. Savelli, Roma, 1978.
- LAZZARATO M., *From Capital-Labour to Capital-Life*, in *Ephemera: Theory and Politics in Organization*, 2004, 4(3).
- LE BONNIEC N., *L'anonymat du don de gamètes en France: un possible terrain d'inconventionnalité?*, in *RDSS*, 2017.
- LECALDANO E., *Dizionario di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- LEMONCHECK L., *Philosophy, gender politics and in vitro fertilisation: a feminist ethics of reproductive health care*, in *Journal of Clinical Ethics*, 1996, 7.
- LEWONTIN R.C., *Biology as Ideology. The doctrine of DNA*, HarperCollins Publishers, New York, 1991.
- LIEBER K. B., *Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?*, in *Indiana Law Journal*, 1992, Vol. 68.
- LOIKE J.D., FISCHBACH R.L., *New ethical horizons in gestational surrogacy*, in *J IVF Reprod Med Genet.*, 2013, 1.
- LONDON S., *Reproductive Justice: Developing a Lawyering Model*, in *Berkeley Journal of African American Law and Policy*, 2011, 13.
- LUDOVICI A., *Sentenza di incostituzionalità emessa dalla Corte Costituzionale e conseguenze: validità di una legge dichiarata incostituzionale, di un atto amministrativo o di un provvedimento giurisdizionale*, in *Diritto&Diritti*, 2001.

- LUNDBERG F.E., ILIADOU A.N., RODRIGUEZ-WALLBERG K. *et al.*, *Ovarian stimulation and risk of breast cancer in Swedish women*, in *Fertility and Sterility*, 2017, 108 (1).
- LYERLY A.D., *Shame, gender, birth*, *Hypatia*, 2006, 21 (1).
- LYERLY A.D., *Ethics and 'normal' birth*, in *Birth*, 2012, 39 (4).
- MACKENZIE C., *Abortion and embodiment*, in *Australasian J Phil*, 1992, 70 (2).
- MACKENZIE C., STOLJAR N., *Introduction: Autonomy Refigured*, in MACKENZIE C., STOLJAR N. (eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford University Press, New York, 2000.
- MADGE V., *Gestational surrogacy in India: the problem of technology and poverty*, in DASGUPTA S., DASGUPTA S.D., (eds.), *Globalization and Transnational Surrogacy in India: Outsourcing Life*, Lanham, Lexington Books, 2014.
- MALACRIDA C., BOULTON T., *The best laid plans? Women's choices, expectations, and experiences in childbirth*, in *Health*, 2014, 18 (1).
- MALLARDI V., *Le origini del consenso informato*, in *Acta Otorhinolaryngol. Ital.*, 25, 2005.
- MANIERE E., *Mapping Feminist views on commercial surrogacy*, in DAVIES M. (ed.), *Babies for sale? Transnational surrogacy, human rights and the politics of reproduction*, ZED, London, 2017.
- MANTEGAZZA P., *Nota sulla fecondazione artificiale della donna*, in *Gazzetta degli ospitali*, VIII, II, 1887.
- MARION P., *Il disagio del desiderio. Sessualità e procreazione nel tempo delle biotecnologie*, Donzelli editore, Roma, 2017.
- MARWAH V., *How surrogacy is challenging our feminism*, in SAROJIMI N., MARWAH V. (eds.), *Reconfiguring Reproduction: Feminist Health Perspectives on Assisted Reproductive Technologies*, University of Chicago Press, Chicago, 2014.
- MATTALUCCI C. (a cura di), *Antropologia e riproduzione. Attese, fratture e ricomposizioni della procreazione e della genitorialità in Italia*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2017.
- MCCULLOUGH L., *Was Bioethics founded on historical and conceptual mistake about medical paternalism?*, in *Bioethics*, 2011, vol. 25, n. 2.
- MEHL D., *Enfants du don. Procréation médicalement assistée, parents et enfants témoignent*, Éditions Robert Laffont, Paris, 2008.
- MENNESSON S., MENNESSON D., *La Gestation pour Autrui. L'improbable débat*, Michalon, Paris, 2010.
- MENNESSON V., *Moi, Valentina, née par GPA*, Michalon, Paris, 2019.

- MERCHANT J., LANCE D., *Surrogacy in Context: The Ukraine and the United States*, in ROZÉE V., UNISA SAYEED S. (dir.), *Assisted Reproductive Technologies in the Global South and North: Issues, Challenges and the Future*, Routledge Press, London, 2016.
- MÉTRAL L., *Le droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui*, Éditions Connaissances et Savoirs, Saint-Denis, 2016.
- MIRKOVIC A., *La PMA. Un enjeu de société*, Artège, Paris, 2018.
- MITCHELL L. M., *Baby's First Picture: Ultrasound and the Politics of Fetal Subjects*, University of Toronto Press, Toronto, 2001.
- MORGAN K., *Contested bodies, contested knowledges*, in SHERWIN S. (ed.), *The Politics of Women's Health*, Temple University Press, Philadelphia, 1998.
- MORNINGTON A.-D., *Vendre ses organes: un cas de préjudice consenti?*, en *Raisons politiques*, 2011, 4 (44).
- MORTAZAVI S., *It takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy*, in *Georgetown Law Journal*, 2012, 100.
- MOUSSA M., SHU J., ZHANG X.H. et al., *Maternal control of oocyte quality in cattle "a review"*, in *Animal Reproduction Science*, 2015, 155.
- MULLIN A., *Reconceiving Pregnancy and Childcare: Ethics, Experience, and Reproductive Labor*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- MUTCHERSON K.M., *Welcome to the Wild West: protecting access to cross border fertility care in the United States*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2012, 22 (2).
- MUTCHERSON K.M., *Transformative reproduction*, in *Journal of Gender, Race, and Justice*, 2013, 16 (1).
- MYKITIUK R., SCOTT, D.N., *Risky pregnancy: liability, blame, and insurance in the governance of prenatal harm*, in *University of British Columbia Law Review*, 43 (2), 2010.
- NAU J.-Y., *Les activités contestées de la banque de sperme de Paris*, in *Le Monde*, 12 déc. 1991.
- NEIRINCK C., *De la bioéthique au biodroit*, in *Collection droit et société*, ARNAUD J., COMMAILLE J., OST F.(dir.), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1994.
- NELSON L.M., *Primary Ovarian Insufficiency*, in *New Engl. Journal of Med.*, 2009, 360 (6).
- NERHOT P., *Lettura del "Discorso sull'origine e i fondamenti della disuguaglianza tra gli uomini" di Jean-Jacques Rousseau*, Giappichelli, Torino, 2015.

- NETTLETON S., *The sociology of health and illness*, Polity Press, Cambridge-Oxford-Boston, 2006.
- NICOLETTE A.L., *Empty Benefits: Employer-Sponsored Oocyte Cryopreservation and Potential for Employment Discrimination*, in *Hastings Women's L.J.*, 2016, 341.
- N.N., *World IVF baby total now put at 7 million*, in *Focus on Reproduction - ESHRE journal*, September 2017.
- N.N., *From biology to embryology. 40 years in the IVF lab*, in *Focus on Reproduction - ESHRE journal*, January 2018.
- NORMAN R., *Interfering with nature*, in *Journal of Applied Philosophy*, 1996, 13 (1).
- NOVELLI G., *Personalized genomic medicine*, in *Intern. Emerg. Med*, 2010, 5 (Suppl. 1).
- O'BYRNE K., GERBER P., *Surrogacy and Human Rights: Contemporary, Complex, Contested and Controversial*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015.
- OLIVER K., *Marxism and surrogacy*, in HOLMES H.B., PURDY L.M. (eds.), *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, Indiana University Press, Bloomington, 1992.
- PANDE A., *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*, Columbia University Press, New York, 2014.
- PARIS C., RAKKAH B., KHELIL S., *La gestation pour autrui*, in *Atelier clinique juridique*, Université Paris Descartes, juin 2017.
- PARKS J.A., *Gestational Surrogacy and the Feminist Perspective*, in SCOTT SILLS E., *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2016.
- PATEMAN C., *Il contratto sessuale*, Biasini C. (a cura di), Editori Riuniti, Roma, 1997.
- PEÑA-GUZMÁN D.M., CROZIER G.K.D., *Surrogacy as Medical Tourism*, in SCOTT SILLS E., *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2016.
- PENNINGS G., *Reproductive tourism as moral pluralism in motion*, in *Journal of Medical Ethics*, 2002, 28.
- PENNINGS G., *Ethical aspects of social freezing*, in *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, 2013, 41, 9.
- PENNINGS G., *Disclosure of donor conception, age of disclosure and the well-being of donor offspring*, in *Human Reproduction*, 2017, 32, 5.

- PENNINGS G., RAVEL C., GIRARD J.-M., *Attitude towards reciprocity as a motive for oocyte donation*, in *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, 2018, 225.
- PERKINS K.M., BOULET S.M., JAMIESON D.J. et al., *Trends and outcomes of gestational surrogacy in the United States*, in *Fertility and Sterility*, 2016, Volume 106, Issue 2.
- PERKINS K.M., BOULET S.L., LEVINE A.D. et al., *Differences in the utilization of gestational surrogacy between states in the U.S.*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2018.
- PERLINGIERI P., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005.
- PETRAPANAGOS A., *Fertility preservation technologies for women: a feminist ethical analysis*, Ph.D. thesis, University of West Ontario, Electronic Thesis and Dissertation Repository, Paper 1299, 2013.
- PETROPANAGOS A., CATTAPAN A., BAYLIS F., *Social egg freezing: risk, benefits and other considerations*, in *CMAJ*, 2015, 187 (9).
- PETRARCA F., *Canzoniere (Rerum vulgarium fragmenta)*, CXXVIII.
- PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983.
- PEZZINI B., *Inizio e interruzione della gravidanza*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., *Il governo del corpo*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (dir. da) *Trattato di Biodiritto*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2011.
- PONZANELLI G., TIZZANO A., *Corte Superiore del New Jersey, Sentenza 31 marzo 1987; Giudice Sorkow; In re Baby M.*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 111, Pt. IV: giurisprudenza comunitaria e straniera, 1988.
- PORCIANI F., BORSELLINO P., *Vite a perdere. I nuovi scenari del traffico d'organi*, Franco Angeli, Milano, 2018.
- POTTER V.R., *Bioethics: Bridge to the Future*, N. J. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1971.
- POUPEAU D., *Le Parlement adopte la proposition de loi sur la fin de vie. Proposition de loi créant de nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie*, en *Dalloz actualité*, 29 janvier 2016.
- PRITCHARD R., *A Market for Babies*, in *Univ. Toronto L.J.*, 1984 (24).
- PURDY L.M., *Another look at contract pregnancy*, in HOLMES H.B. (ed.), *Issues in Reproductive Technology: An Anthology*, Garland, New York, 1992.
- PURDY L., *Medicalization, medical necessity, and feminist medicine*, in *Bioethics*, 2001, 15 (3).
- QADEER I., *Social and ethical basis of legislation on surrogacy: need for debate*, in *Indian J Med Ethics*, 2009.

- QUIRICO D., in *Estero, La Stampa*, 17 febbraio 2007.
- RAGONÉ H., *Surrogate Motherhood. Conception in the Heart*, Westview Press, Boulder, San Francisco and Oxford, 1994.
- RAVITSKY V., *Conceived and deceived: the medical interests of donor-conceived individuals*, in *Hast. Cent. Rep.*, 2012, 42 (1).
- RAYMOND J.G., *The international traffic in women: Women used in systems of surrogacy and reproduction*, in *Reprod. Genet. Eng.*, 1989, 2 (3).
- RAYMOND J.G., *Women as Wombs: Reproductive Technologies and the Battle over Women's Freedom*, Harper, San Francisco, 1993.
- RENAULT-BRAHINSKY C., *Droit des Personnes et de la Famille*, Guadalupe, Lextenso éd., Issy-Les-Moulineaux, éd. 2017-2018.
- ROBERTSON J.A., *Embryos, Families and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction*, in *Southern California Law Review*, 1986, 59.
- ROTHMAN, B.K., *Cheap labor: Sex, class, race and 'surrogacy'*, in *Society*, 1988, 25 (3).
- ROTHMAN B.K., *Recreating Motherhood: Ideology and Technology in a Patriarcal Society*, Norton, New York, 1989.
- ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Deaux, Paris, 1840.
- ROZÉE V., UNISA SAYEED S. (dir.), *Assisted Reproductive Technologies in the Global South and North: Issues, Challenges and the Future*, Routledge Press, London, 2016.
- RUDRAPPA S., *Discounted Life: The Price of Global Surrogacy in India*, New York University Press, New York and London, 2015.
- SALAMA M., ISACHENKO V., ISACHENKO E. et al., *Cross border reproductive care (CBRC): a growing global phenomenon with multi-dimensional implications (a systematic and critical review)*, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, May 28<sup>th</sup>, 2018.
- SANGER C., *Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M*, 30(1), in *Harvard Journal of Law and Gender*, 2007, 68.
- SANTI P., *Un donneur et dix couffins. En France, les gamètes d'un même individu ne peuvent servir qu'une dizaine de fois*, in *Le Monde*, 27 septembre 2011.
- SANTOSUOSSO A., *Dalla salute pubblica all'autodeterminazione: il percorso del diritto alla salute*, in BARNI A., SANTOSUOSSO A. (a cura di), *Medicina e diritto*, Milano, 1995.
- SAUMET J., PETROPANAGOS A., BUZAGLO K. et al., *No. 356-Egg Freezing for Age-Related Fertility Decline*, in *Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada*, 2018, Vol. 40, Issue 3.
- SCHMIDT L., SOBOTKA T., BENTZEN J.G et al., *ESHRE Reproduction and Society Task Force. Demographic and medical consequences of the postponement of parenthood*, 18, 2012.
- SCHOROWA A.A., *La fécondation artificielle dans l'espèce humaine*, Gynecologie et obstétrique, 1927.

- SCHUSTER A., *La procreazione selettiva*, in CANESTRARI S., FER-RANDO G., MAZZONI C.M., *Il governo del corpo*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (dir. da) *Trattato di Biodiritto*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2011.
- SCOTT E.S., *Surrogacy and the Politics of Commodification*, in *L. & Contemp. Probs.*, 2009, 72.
- SCOTT SILLS E., *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2016.
- SCRUTON R., *Ignore the body, lose your soul*, in *The Times*, Feb. 5<sup>th</sup>, 1985.
- SCULLY D., *Men Who Control Women's Health: The Miseducation of Obstetrician Gynecologists*, Teachers College Pr, New York, 1980.
- SERSALE A.M., in *Cronache*, in *Il Messaggero*, 30 aprile 2008.
- SEYMOUR F.I., KOERNER A., *Medicolegal aspect of artificial insemination*, in *JAMA*, 1936, 107(19).
- SEYMOUR F.I., KOERNER A., COSTOM D., *Transportation of human spermatozoa by airplane for artificial insemination*, in *JAMA*, 1943, 122 (3).
- SHANLEY M.L., *Making Babies, Making Families: What Matters Most in an Age of Reproductive Technologies, Surrogacy, Adoption, and Same-Sex and Unwed Parents*, Beacon Press, Boston, 2001.
- SHANLEY M.L., "Surrogate mothering" and women's freedom: a critique of contracts for human reproduction, in BOLING P. (ed.), *Expecting Trouble: Surrogacy, Fetal Abuse and New Reproductive Technologies*, Western Press, Boulder CO, 1995.
- SHAW J.C., *The medicalization of birth and midwifery as resistance*, in *Health Care for Women International*, 2013, 34 (6).
- SHERWIN S., *No Longer Patient: Feminist Ethics and Health Care*, Temple University Press, Philadelphia, 1992.
- SHERWIN S., *A Relational Approach to Autonomy in Health-Care, in The Politics of Women's Health: Exploring Agency and Autonomy*, The Feminist Health Care Ethics Research Network, Temple University Press, 1998.
- SHKEDI-RAFID S., HASHILONI-DOLEV Y., *Egg freezing for age-related fertility decline: preventive medicine or a further medicalization of reproduction? Analyzing the new Israeli policy*, in *Fertility and Sterility*, 2011, 96.
- SHULTZ M.M., *Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality*, in *Wis. Law Review*, 1990.



- SICARD D., *L'éthique médicale et la bioéthique*, Presses Universitaires de France, Paris, 5<sup>e</sup> éd., 2017.
- SIMONCINI A., LONGO A., *Commento all'art. 32 della Costituzione*, in BIFULCO A., CELOTTO R., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, UTET Giuridica, Torino, 2006.
- SJÖSTRAND M., ERIKSSON S., JUTH N., HELGESSON G., *Paternalism in the Name of Autonomy*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2013, 38.
- SMERDON U. R., *Birth registration and citizenship rights of surrogate babies born in India*, in *Contemporary South Asia*, 2012, 20 (3).
- SNYDER L., *American College of Physicians Ethics Manual*, in *Annals of Internal Medicine*, 156, 2012.
- SNYDER S.H., *Reproductive Surrogacy in the United States of America. Trajectories and Trends*, in SCOTT SILLS E., *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2016.
- SPINSANTI S., *Bioetica. Biografie per una disciplina*, Franco Angeli, Milano, 1995.
- SREENIVASAN G., *Does Informed Consent to Research Require Comprehension?*, in *The Lancet*, 2003, 362.
- STEINBERGER E., SMITH K.D., *Survival of Spermatozoa in a Human Sperm Bank. Effects of Long-Term Storage in Liquid Nitrogen*, in *JAMA*, 1973, Vol. 223, n. 7.
- STEIRTEGHEM A.V., *The Brussels Story and the Eureka Moment of Intracytoplasmic Sperm Injection*, in KOVACS G., BRINDEN P., DECHERBEY A. (ed.), *In-Vitro Fertilization: The Pioneers History*, Cambridge University Press, 2018.
- STEPTOE P.C., *Surrogacy*, in *Br Med J*, 1987, 294.
- STEPTOE P.C., EDWARDS R.G., *Birth after the preimplantation of a human embryo*, in *Lancet*, 1978, 2.
- STOLLER R.J., *A Contribution to the Study of Gender Identity*, in *International Journal of Psycho-Analysis*, 1964, 45.
- STORROW R.F., *The Phantom Children of the Republic: International Surrogacy and the New Illegitimacy*, in *Journal of Gender, Social Policy and Law*, 2012, 561, 20(3).
- STORROW R.F., *Surrogacy: American Style*, in GERBER P., O'BYRNE K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2015.
- STRATHERN M., *The Gender of the Gift*, University of California, Berkeley, 1988.
- STRATHERN M., *Reproducing the future: essays on anthropology, kinship and the new reproductive technologies*, Manchester University Press, Manchester, 1992.

- STRATHERN M., *Displacing knowledge: technology and the consequences for kinship*, in GINSBURG F., RAPP R. (eds.), *Conceiving the new world order: The global politics of reproduction*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1995.
- STRATHERN M., *Surrogates and substitutes: new practices for old?*, in GOOD J., VELODY I. (eds.), *The Politics of Postmodernity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.
- STUVØY I., *Troublesome reproduction: surrogacy under scrutiny*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2018, 7.
- SWANSON K.W., *Adultery by doctor: Artificial Insemination: 1890-1945*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2012, 87(2).
- TATU N., *La fabrique des bébés. Enquête sur les mères porteuses dans le monde*, Éditions Stock, Paris, 2017.
- TEMAN E., *Birthing a Mother: The Surrogate Body and the Pregnant Self*, University of California Press, Berkeley, 2010.
- TERRAGNI M., *Utero in affitto, precariato assoluto*, in CIRILLO L. (a cura di), *Utero in affitto o gravidanza per altri? Voci a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2017.
- THE ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Consideration of the gestational carrier: a committee opinion*, in *Fertil Steril*, 2013.
- THÉRY I., *Le Démariage. Justice et vie privée*, Odile Jacob, Paris, 1993.
- THÉRY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 2010.
- THÉRY I., *Qu'est-ce que la distinction de sexe?*, éditions FABERT, Bruxelles, 2<sup>e</sup> éd., 2011.
- THÉRY I., LEROYER A.-M., *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle. Rapport remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, ministère des Affaires sociales et de la Santé*, Odile Jacob, Paris, 2014.
- THÉRY I., *Mariage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, Éd. du Seuil, Paris, 2016.
- THOMPSON C., 'Quit Snivelling, Cryo-Baby, We'll Work Out Which One's Your Mama!': *Kinship in an infertility clinic*, in: DAVIS-FLOYD R., DUMIT, J. (eds.), *Cyborg Babies: From Techno-Sex to Techno-Tots*, Routledge, New York and London, 1998.
- THOMPSON C., *Making parents: the ontological choreography of reproductive technologies*, MIT Press, Cambridge and London, 2005.
- TOBER D.M., *Semen as Gift, Semen as Goods: Reproductive Workers and the Market in Altruism*, in *Body and Society*, 2001, 7 (2-3).
- TOBIN J., *To prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Res-*

- ponse to the Practice of International Commercial Surrogacy?, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, 63 (2).
- TRIMMINGS K., BEAUMONT P. (eds.), *International Surrogacy Arrangements*, Oxford and Portland, OR: Hart Publishing, 2013.
- TRONTO J., *Moral boundaries: A political argument for an ethic of care*, Routledge, New York, 1993.
- TROUNSON A., *In vitro fertilization and embryo preservation*, in TROUNSON A., WOOD C. (Eds.), *In Vitro Fertilization and Embryo*, Churchill Livingstone, Edinburgh, 1984.
- TURRI G.C., *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Questione giustizia*, 2000, 3.
- TWINE F.W., *Outsourcing the womb: Race, class and gestational surrogacy in a global market*, Routledge, New York and London, 2015.
- UTIAN W.H., SHEEAN L., GOLDFARB J.M. et al., *Successful Pregnancy after in Vitro Fertilization and Embryo Transfer from an Infertile Woman to a Surrogate*, in *Correspondence*, in *New England Journal of Medicine*, 1985, 313 (21).
- VACCARO C. M. (a cura di), *Diventare genitori oggi. Il punto di vista delle coppie PMA. Indagine sulla fertilità/infertilità in Italia*, Carocci editore, Roma, 2016.
- VAN NIEKERK A., VAN ZYL L., *The ethics of surrogacy: women's reproductive labour*, in *Journal of medical ethics*, 1995, 21.
- VAZZA L., *Pma: 3 bimbi su cento nascono così. Sono 601 i primi figli dell'eterologa*, in *Quotidiano Sanità, Tabloid*, n. 26, 11 lug. 2017.
- VOLLI U., *Le figure del desiderio*, disponibile su *AcademiaEdu*, 2002.
- VORA K., *Life support: Biocapital and the new history of outsourced labor*, University of Minnesota Press, Minneapolis and London, 2015.
- WALDBY C., MITCHELL R., *Tissue Economies. Blood, Organs, and Cell Lines in Late Capitalism*, Duke University Press, Durham NC, 2006.
- WARNOCK M., *A question of life: the Warnock Report on - Human fertilisation and embryology*, Basil Blackwell, Oxford and New York, 1985.
- WHITTAKER A., SPEIER A., *'Cycling overseas': Care, commodification, and stratification in cross-border reproductive travel*, in *Med. Anthropol.*, 2010, 29 (4).
- WEINDLING P.J., *Nazi Medicine and the Nuremberg Trials: From Medical War Crimes to Informed Consent*, Palgrave Macmillan, London, 2005.

- WILSON B.J., QURESHI N., SANTAGUIDA P. *et al.*, *Systematic review: family history in risk assessment for common diseases*, in *Ann. Intern. Med.*, 2009, 151 (12).
- YOUNG I.M., *Throwing Like a Girl and Other Essays in Feminist Philosophy and Social Theory*, Indiana University Press, Indianapolis, 1990.
- ZEGERS-HOCHSCHILD F., ADAMSON G. D., DE MODZON J. *et al.*, *Infertility (clinical definition)*, in *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology*, 2009, in *Fertility and Sterility*, Nov. 2009, Vol. 92, No. 5.
- ZEGERS-HOCHSCHILD F., ADAMSON G.D., DYER S. *et al.*, *The International Glossary on Infertility and Fertility Care*, 2017, in *Fertil. Steril.*, 2017, 108 (3).

## Relazioni, rapporti e pareri

- ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, *Rapport 17-04, La conservation des ovocytes*, 13 juin 2017.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Le don de spermatozoïdes: mode d'emploi, Fiche 4*, Paris, 2012.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Le rapport médical et scientifique de l'assistance médicale à la procréation et de la génétique humaines en France*, Paris, 2016.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *L'accueil d'embryons, Informations pour les couples receveurs*, 2016.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport Annuel - 2016*, Paris, 2017.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport Annuel - 2017*, Paris, 2018.
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport sur l'application de la loi de bioéthique*, Paris, 2018.
- ASSEMBLÉE NATIONALE - J.L. TOURAINE, *Mission d'Information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, n° 1572, enregistré le 15 janvier 2019.
- ASSEMBLÉE NATIONALE, *Adoption du projet de loi relatif à la bioéthique*, 15 octobre 2019.
- BUREAU PERMANENT - CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, mars 2012.
- COLLÈGE DE MÉDECINS, *Médecine de la reproduction*, 16 novembre 2017.
- COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, Roma, 25 novembre 2011.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis sur l'organisation actuelle du don de gamètes et ses conséquences*, 7 juillet 1990.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 28, Avis sur la transfusion sanguine au regard de la non-commercialisation du corps humain. Rapport.*, 2 décembre 1991.

- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 40, Avis sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin)*, 17 décembre 1993.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 60, Réexamen des lois de bioéthique*, 25 juin 1998.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 67, Avis sur l'avant? projet de révision des lois de Bioéthique*, 18 janvier 2000.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 90, Accès aux origines, anonymat et secret de filiation*, 24 novembre 2005.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 40, Problèmes éthiques soulevés par la Gestation pour Autrui (GPA)*, 1 avril 2010.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 113, La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, 10 février 2011.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *États généraux de la bioéthique, Rapport de synthèse*, juin 2018.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 126, Avis du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n° 129, Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, 18 septembre 2018.
- CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Donum vitae. Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 22 febbraio 1987.
- CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, 9 avril 2009.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain?, Étude à la demande du Premier ministre*, 28 juin 2018.
- COUNCIL OF EUROPE, *Donation of oocytes. A guide for women to support informed decision*, 2018.
- EUROPEAN PARLIAMENT, DIRECTOR GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT CITIZEN'S RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 15 May 2013.
- ESHRE, *Egg Donation, Fact sheet*, January 2017.
- EUROPEAN PARLIAMENT - LEGAL AFFAIRS, *Regulating international surrogacy arrangements - state of play*, August 2016.
- EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY, *Cross border reproductive care*, in *ESHRE fact sheets*, Jan 2017.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND

- COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, 2015.
- GRAND CHAMBER OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001)*, 10<sup>th</sup> April 2019.
- HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY, *Fertility treatment in 2014-2016. Trends and figures*, March 2016.
- INTERNATIONAL FEDERATION OF FERTILITY SOCIETIES, *IFFS Surveillance 2016*, in *Global Reproductive Health*, 1, 2016.
- MINISTERO DELLA SALUTE, *Relazione annuale del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 Febbraio 2004, n. 40)*, Roma, 28 giugno 2018.
- PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Resolution 2306 (2019) Provisional version: Obstetrical and gynaecological violence*, Strasbourg, 3<sup>th</sup> October 2019.
- SENATO DELLA REPUBBLICA, *II Commissione - Resoconto di giovedì 18 aprile 2002*, in *CD Lavori preparatori della Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.
- WHO REGIONAL OFFICE FOR EUROPE, *Therapeutic Patient Education. Continuing Education Programmes for Health Care Providers in the Field of Prevention of Chronic Diseases*, Rev.2, 1998.

## Siti web

- AA.VV., «On ne peut plus ignorer les enfants nés par GPA», in *Le Monde*, 16 jan. 2018, [www.lemonde.fr/idees/article/2018/01/16/on-ne-peut-plus-ignorer-les-enfants-nes-par-gpa\\_5242580\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/01/16/on-ne-peut-plus-ignorer-les-enfants-nes-par-gpa_5242580_3232.html).
- AFP-JIJ, *Japanese 'baby factory' man wins custody of 13 kids born to Thai surrogates*, in *The Japan Time*, 20<sup>th</sup> Feb. 2018, [www.japantimes.co.jp/news/2018/02/20/national/crime-legal/japanese-baby-factory-man-wins-custody-13-kids-born-thai-surrogates/#.W0IE-H59hp8](http://www.japantimes.co.jp/news/2018/02/20/national/crime-legal/japanese-baby-factory-man-wins-custody-13-kids-born-thai-surrogates/#.W0IE-H59hp8).
- AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Don d'ovocytes. Devenez donneuse de bonheur*, [www.dondovocytes.fr/comment-faire/comment-se-passe-le-don/](http://www.dondovocytes.fr/comment-faire/comment-se-passe-le-don/).
- ÁLVAREZ P., *El Gobierno recupera la reproducción asistida pública para mujeres lesbianas y sin pareja*, 6 jul. 2018, [www.elpais.com/politica/2018/07/06/actualidad/1530868071\\_867338.html](http://www.elpais.com/politica/2018/07/06/actualidad/1530868071_867338.html).
- AMERICAN SURROGACY, *History of Surrogacy*, in *Surrogate.com*, <https://surrogate.com/about-surrogacy/surrogacy-101/history-of-surrogacy/>.
- ARCHER ATTORNEYS AT LAW, *Gestational Carrier Agreement Act Passed in New Jersey*, in *Archer Attorneys at Law*, Mar. 2018, <https://www.archerlaw.com/gestational-carrier-agreement-act-passed-in-new-jersey/>.
- ASSOCIATED PRESS, *Pregnant Cambodian women charged with surrogacy and human trafficking*, in *The Guardian*, Jul. 7<sup>th</sup>, 2018, [www.theguardian.com/world/2018/jul/07/pregnant-cambodian-women-charged-with-surrogacy-and-human-trafficking](http://www.theguardian.com/world/2018/jul/07/pregnant-cambodian-women-charged-with-surrogacy-and-human-trafficking).
- ASSOCIATION PROCRÉATION MÉDICALEMENT ANONYME, *Témoignages tests ADN*, [www.pmanonyme.asso.fr/?cat=17](http://www.pmanonyme.asso.fr/?cat=17).
- AZZARITO CANNELLA M., *Maternità surrogata*, in *AltaLex*, 22 ag. 2017, <http://www.altalex.com/documents/news/2017/08/02/maternita-surrogata>.



- BARATTA L., *Eterologa, regione che vai tariffa che trovi. Solo dodici regioni hanno approvato le linee guida. Mancano tariffe certe e soprattutto i donatori*, in *Linkiesta*, 11 nov. 2014, [www.linkiesta.it/it/article/2014/11/11/eterologa-regione-che-vai-tariffa-che-trovi/23457/](http://www.linkiesta.it/it/article/2014/11/11/eterologa-regione-che-vai-tariffa-che-trovi/23457/).
- BIANCHI F., *Intervista al professor Pasquale Bilotta*, in *L'Espresso*, 2016, come riportato da *Alma Res - Clinica della fertilità*, 25 feb. 2016, [www.almares.it/maternita-surrogata-intervista-del-prof-bilotta-a-lespresso](http://www.almares.it/maternita-surrogata-intervista-del-prof-bilotta-a-lespresso).
- BIOTEXCOM, CENTER FOR HUMAN REPRODUCTION, *Services*, in *BioTexCom*, [www.mother-surrogate.info/services](http://www.mother-surrogate.info/services).
- BOYLE L., *Family's horror after daughter's DNA test reveal a convicted kidnapper swapped dad's sperm with his own... and he may have secretly fathered others*, in *DailyMail - MailOnline*, Jan. 10<sup>th</sup>, 2014, [www.dailymail.co.uk/news/article-2537128/Convicted-Utah-kidnapper-swappedhis-sperm-fertility-clinic.html](http://www.dailymail.co.uk/news/article-2537128/Convicted-Utah-kidnapper-swappedhis-sperm-fertility-clinic.html).
- BRUNET L., *Donor anonymity and right of access to personal origins*, in *ESHRE - Council of Europe*, Feb. 22<sup>th</sup>, 2018, [www.eshre.eu](http://www.eshre.eu).
- CAPUA P., *Stress, la 'mamma-nonna' perde il figlio di sua figlia*, in *La Repubblica*, 8 maggio 1994, [www.ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1994/05/08/stress-la-mamma-nonna-perde.html](http://www.ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1994/05/08/stress-la-mamma-nonna-perde.html).
- CENTRE D'ÉTUDE ET DE CONSERVATION DES ŒUFS ET DU SPERME HUMAINS, *Le don de spermatozoïdes*, [www.cecos.org/node/4235](http://www.cecos.org/node/4235).
- CIRCLE SURROGACY, *Upcoming Events & Consultations*, [www.circlesurrogacy.com/events/1-upcoming-events-consultations](http://www.circlesurrogacy.com/events/1-upcoming-events-consultations).
- COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, *Normativa específica por materia*, in *Normativa Estatal*, [www.cnrha.msssi.gob.es/normativa/nacional.htm](http://www.cnrha.msssi.gob.es/normativa/nacional.htm).
- CONSEIL NATIONAL D'ACCÈS AUX ORIGINES PERSONNELLES, *Présentation des missions du CNAOP*, de ses membres et du secrétariat général, 2 fév. 2009, [www.cnaop.gouv.fr/presentation-du-cnaop.html](http://www.cnaop.gouv.fr/presentation-du-cnaop.html).
- CORDIER S., *Les députés rejettent après de longs débats la PMA post mortem*, in *LeMonde*, 26 sep. 2019, [www.lemonde.fr/societe/article/2019/09/26/les-deputes-rejettent-apres-de-longs-debats-la-pma-post-mortem\\_6013201\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2019/09/26/les-deputes-rejettent-apres-de-longs-debats-la-pma-post-mortem_6013201_3224.html).
- CRAMB A., *Baby born from frozen ovarian tissue in UK first*, in *The Telegraph*, Jul. 14<sup>th</sup>, 2016, [www.telegraph.co.uk/news/2016/07/14/baby-born-from-frozen-ovarian-tissue-in-uk-first/](http://www.telegraph.co.uk/news/2016/07/14/baby-born-from-frozen-ovarian-tissue-in-uk-first/).
- CREATIVE FAMILY CONNECTIONS, *Gestational Surrogacy Law Across the United States*, in [www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/](http://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/).

- CRYOS DENMARK, in *CryosDenmark.com*, <https://dk.cryosinternational.com/>.
- DEFFONTAINES C., LEPAGE E., *PMA, GPA: les Français sont pour!*, 14 mar. 2018, [www.nouvelobs.com/societe/20180313.OBS3512/pma-gpa-les-francais-sont-pour.html](http://www.nouvelobs.com/societe/20180313.OBS3512/pma-gpa-les-francais-sont-pour.html).
- DIRECTEUR GÉNÉRAL DE LA SANTÉ, *Lettre au Président de l'Ordre National des Médecins*, 14 jan. 2013, [www.conseil-national.medecin.fr](http://www.conseil-national.medecin.fr).
- DUDKIEWICZ C., *La levée de l'anonymat est une erreur. A force de transparence, l'opacité?*, in *Le Monde*, 22 oct. 2010, [www.lemonde.fr/idees/article/2010/10/22/la-levee-de-l-anonymat-est-une-erreur\\_1429976\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2010/10/22/la-levee-de-l-anonymat-est-une-erreur_1429976_3232.html).
- DUPONT G., *Comment Arthur Kermalvezen, né d'un don de gamètes anonyme, a retrouvé son géniteur*, in *Le Monde*, 18 jan. 2018, [www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/16/comment-arthur-kermalvezen-ne-d-un-don-de-gamete-anonyme-a-retrouve-son-geniteur\\_5242544\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/16/comment-arthur-kermalvezen-ne-d-un-don-de-gamete-anonyme-a-retrouve-son-geniteur_5242544_3224.html).
- FARRELL P., *Baby Gammy, Born into Thai Surrogacy Scandal, Granted Australian Citizenship*, in *The Guardian*, Jan. 19<sup>th</sup>, 2015, [www.theguardian.com/australia-news/2015/jan/20/baby-gammy-born-into-thai-surrogacy-scandal-granted-australian-citizenship](http://www.theguardian.com/australia-news/2015/jan/20/baby-gammy-born-into-thai-surrogacy-scandal-granted-australian-citizenship).
- FECONDAZIONE ETEROLOGA ITALIA, *Fecondazione eterologa: i costi. Quanto costa sottoporsi ad un trattamento di fecondazione eterologa? É vero che si possono raggiungere anche i 60.000 euro?*, in *Fecondazione Eterologa Italia*, 2017, <https://www.fecondazioneeterologaitalia.it/tutti-costi-della-fecondazione-eterologa/>.
- FÉDÉRATION DES CECOS, *Georges David, un médecin du XXème siècle*, documentaire, [www.youtube.com/watch?v=jzzYRRa\\_bi8](http://www.youtube.com/watch?v=jzzYRRa_bi8).
- FERTILITY EUROPE, *Fertility Europe calls to bring fertility to the forefront of Europe's mind amidst*, Nov. 2017, [www.fertilityeurope.eu](http://www.fertilityeurope.eu).
- FERTILITY EUROPE, *Time for a European game-changing movement on infertility. Call to Action*, Nov. 2018, [www.fertilityeurope.eu](http://www.fertilityeurope.eu).
- FLINN S.K., *Lupron - What Does It Do To Women's Health?*, in *Newsletter - National Women's Health Network*, Oct. 2008, [www.nwhn.org/lupron-what-does-it-do-to-womens-health/](http://www.nwhn.org/lupron-what-does-it-do-to-womens-health/).
- FOURQUET J., *Les Français et les questions liées à la bioéthique, Ifop pour La Croix et le Forum européen de Bioéthique*, 4 jan. 2018, [www.ifop.com/publication/les-francais-et-les-questions-liees-a-la-bioethique/](http://www.ifop.com/publication/les-francais-et-les-questions-liees-a-la-bioethique/).

- GAILLE B., *25 Rare Surrogate Mother Statistics*, in *BrandonGaille - Marketing Expert&Blog Master*, May 23<sup>th</sup>, 2017, [www.brandongaille.com/24-rare-surrogate-mother-statistics/](http://www.brandongaille.com/24-rare-surrogate-mother-statistics/).
- GALLO F., *Eterologa, Ass. Coscioni: «Sconfitto proibizionismo che calpesta diritti, Maroni impari la lezione»*, in *Quotidiano Sanità* 24, 21 lug. 2016, [www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?approfondimento\\_id=7949](http://www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?approfondimento_id=7949).
- GLOBAL SURROGACY, *Surrogacy in California*, [www.globalsurrogacy.baby/california/](http://www.globalsurrogacy.baby/california/).
- GOVERNMENT OF CANADA, *Prohibitions related to Surrogacy*, July 18<sup>th</sup>, 2013, [www.canada.ca/en/health-canada/services/drugs-health-products/biologics-radiopharmaceuticals-genetic-therapies/legislation-guidelines/assisted-human-reproduction/prohibitions-related-surrogacy.html](http://www.canada.ca/en/health-canada/services/drugs-health-products/biologics-radiopharmaceuticals-genetic-therapies/legislation-guidelines/assisted-human-reproduction/prohibitions-related-surrogacy.html).
- GRIFFIN A., *Anonymous sperm and egg donation is over because of the rise of genetic testing at home, says new research*, in *The Independent online*, Apr. 13<sup>th</sup>, 2016, [www.independent.co.uk/news/science/anonymous-sperm-and-egg-donation-is-over-because-of-the-rise-of-genetic-testing-at-home-says-new-a6981861.html](http://www.independent.co.uk/news/science/anonymous-sperm-and-egg-donation-is-over-because-of-the-rise-of-genetic-testing-at-home-says-new-a6981861.html).
- HABERMAN C., *Baby M and the Question of Surrogate Motherhood*, in *The New York Times*, Mar. 23<sup>rd</sup>, 2014, [www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-the-question-of-surrogate-motherhood.html](http://www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-the-question-of-surrogate-motherhood.html).
- HODAL K., *Suspected human trafficker and Thai 'baby factory' under investigation*, Aug. 14<sup>th</sup>, 2014, in *The Guardian*, [www.theguardian.com/world/2014/aug/14/police-hunt-japanese-man-suspected-human-trafficker-bangkok](http://www.theguardian.com/world/2014/aug/14/police-hunt-japanese-man-suspected-human-trafficker-bangkok).
- HODIN S., *The Burden of Infertility: Global Prevalence and Women's Voices from Around the World*, in *Maternal Health Task Force*, Jan. 18<sup>th</sup>, 2017, [www.mhtf.org/2017/01/18/the-burden-of-infertility-global-prevalence-and-womens-voices-from-around-the-world/](http://www.mhtf.org/2017/01/18/the-burden-of-infertility-global-prevalence-and-womens-voices-from-around-the-world/).
- HUGO, *Mission Statements*, 2018, [www.hugo-international.org/mission-statements](http://www.hugo-international.org/mission-statements).
- IVI, *IVI Baby*, in *Programma IVI Baby*, [ivitalia.it/trattamenti-riproduzione-assistita/ivi-baby/](http://ivitalia.it/trattamenti-riproduzione-assistita/ivi-baby/).
- JOHNSTON J., ZOLL M., *Is Freezing Your Eggs Dangerous? A Primer*, in *The New Republic*, Nov. 1<sup>st</sup>, 2014, [www.newrepublic.com/article/120077/dangers-and-realities-egg-freezing](http://www.newrepublic.com/article/120077/dangers-and-realities-egg-freezing).
- JONES D., DANIEL H., *The truth about Ronaldo's twins: Revealed, how the world's richest footballer (who has a beautiful girlfriend) used frozen embryos and a surrogate mother to create his perfect*

- mini-mes*, in *Mail Online*, Jul. 7<sup>th</sup>, 2017, [www.dailymail.co.uk/news/article-4676080/How-Cristiano-Ronaldo-created-brood-mini-mes.html](http://www.dailymail.co.uk/news/article-4676080/How-Cristiano-Ronaldo-created-brood-mini-mes.html).
- KELLY T., *British scientist 'fathered 600 children' by donating sperm at his own fertility clinic*, in *DailyMail*, Apr. 8<sup>th</sup>, 2012, [www.dailymail.co.uk/health/article-2126761/Bertold-Wiesner-British-scientist-fathered-600-children-donating-sperm-fertility-clinic.html](http://www.dailymail.co.uk/health/article-2126761/Bertold-Wiesner-British-scientist-fathered-600-children-donating-sperm-fertility-clinic.html).
- KOHLI N., *Outsourcing motherhood: India's reproductive dystopia*, in *Hindustan Times*, Jul. 26<sup>th</sup>, 2015, [www.hindustantimes.com/india/outourcing-motherhood-india-s-reproductive-dystopia/story-iCG1IJJYMV994Gus2lZuK.html](http://www.hindustantimes.com/india/outourcing-motherhood-india-s-reproductive-dystopia/story-iCG1IJJYMV994Gus2lZuK.html).
- KRISTIANSEN S., *The Causes of Low Sperm Motility and How It Can Be Treated*, in *Houston Fertility Center*, June 16<sup>th</sup>, 2015, [www.infertilityivfhouston.com/blog/2015/06/16/the-causes-of-low-sperm-159391](http://www.infertilityivfhouston.com/blog/2015/06/16/the-causes-of-low-sperm-159391).
- LECLAIR A., «PMA pour toutes»: le gouvernement prêt à légiférer, in *Le Figaro*, 28 juin 2017, [www.lefigaro.fr/actualite-france/2017/06/28/01016-20170628ARTFIG00333-pma-pour-toutes-le-gouvernement-pret-a-legiferer.php](http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2017/06/28/01016-20170628ARTFIG00333-pma-pour-toutes-le-gouvernement-pret-a-legiferer.php).
- LE MONDE AVEC AFP, *Le gouvernement reporte l'examen du projet de loi sur la PMA à l'Assemblée*, in *Le Monde*, 16 nov. 2018, [www.lemonde.fr/societe/article/2018/11/16/le-gouvernement-reporte-l-examen-du-projet-de-loi-sur-la-pma-a-l-assemblee\\_5384188\\_3224.html?fbclid=IwAR0ZvCxjQa9VSE5wOtY93Hx2JlmBdVlH\\_GsILn4TX6K3ruKEt8f--GmEz3g](http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/11/16/le-gouvernement-reporte-l-examen-du-projet-de-loi-sur-la-pma-a-l-assemblee_5384188_3224.html?fbclid=IwAR0ZvCxjQa9VSE5wOtY93Hx2JlmBdVlH_GsILn4TX6K3ruKEt8f--GmEz3g).
- LEPAGE E., TATU N., «J'ai été six fois mère porteuse»: la GPA racontée par ceux qui l'ont vécue, in *L'Obs*, 15 mar. 2018, [www.nouvelobs.com/societe/20180313.OBS3521/j-ai-ete-six-fois-mere-porteuse-la-gpa-racontee-par-ceux-qui-l-ont-vecue.html](http://www.nouvelobs.com/societe/20180313.OBS3521/j-ai-ete-six-fois-mere-porteuse-la-gpa-racontee-par-ceux-qui-l-ont-vecue.html).
- MAGISTER S., *Come l'Italia ha votato il 12 giugno. Chi ha perso e perché*, in *Chiesa Espressonline*, 24 giu. 2005, [www.chiesa.espresso.repubblica.it/articolo/34501.html](http://www.chiesa.espresso.repubblica.it/articolo/34501.html).
- MALLAVAL C., *La PMA pour toutes en 2018?*, in *Libération*, 12 sett. 2017, [www.liberation.fr/france/2017/09/12/la-pma-pour-toutes-en-2018\\_1595750](http://www.liberation.fr/france/2017/09/12/la-pma-pour-toutes-en-2018_1595750).
- MOTLUK A., *The Baby-Making Business: on the front lines of Toronto's booming, semi-legal surrogacy market*, in *Toronto Life*, Feb. 3<sup>rd</sup>, 2014, [torontolife.com/city/baby-making-business-surrogacy-market-toronto/](http://torontolife.com/city/baby-making-business-surrogacy-market-toronto/).

- MOTLUK A., *Why I carried a baby for someone else: Three surrogates share their stories*, in *The Globe and Mail*, Feb. 28<sup>th</sup>, 2016 and updated June 5<sup>th</sup>, 2017, [www.theglobeandmail.com/life/health-and-fitness/health/surrogates-discuss-why-they-carried-a-baby-for-someone-else/article28930477/](http://www.theglobeandmail.com/life/health-and-fitness/health/surrogates-discuss-why-they-carried-a-baby-for-someone-else/article28930477/).
- NATALIE GAMBLE ASSOCIATES, *Parenthood and parental orders (surrogacy law)*, [www.nataliegambleassociates.co.uk/knowledge-centre/parenthood-and-parental-orders-surrogacy-law](http://www.nataliegambleassociates.co.uk/knowledge-centre/parenthood-and-parental-orders-surrogacy-law).
- N.N., *Sindrome di Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser*, in *OrphaNet, Il portale delle malattie rare e dei farmaci orfani*, [https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC\\_Exp.php?Lng=IT&Expert=3109](https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC_Exp.php?Lng=IT&Expert=3109).
- N.N., *Doctor Is Found Guilty in Fertility Case*, in *The New York Times Archives*, Mar. 5<sup>th</sup>, 1992, [www.nytimes.com/1992/03/05/us/doctor-is-found-guilty-in-fertility-case.html](http://www.nytimes.com/1992/03/05/us/doctor-is-found-guilty-in-fertility-case.html).
- N.N., *Corte d'appello di Torino – ordine di trascrivere il certificato di nascita di un minore nato da due donne all'estero*, in *BioDiritto.org*, 2015, [www.biodiritto.org/index.php/item/593-corte-d%E2%80%99appello-di-torino-%E2%80%93-ordine-di-trascrivere-il-certificato-di-nascita-di-un-minore-nato-da-due-donne-all%E2%80%99estero](http://www.biodiritto.org/index.php/item/593-corte-d%E2%80%99appello-di-torino-%E2%80%93-ordine-di-trascrivere-il-certificato-di-nascita-di-un-minore-nato-da-due-donne-all%E2%80%99estero).
- N.N., *Fecondazione eterologa in Italia: ecco dove non è un miraggio*, in *AdKronos Salute*, 13 apr. 2016, [www.adnkronos.com/salute/sanita/2016/04/13/mappa-della-fecondazione-eterologa-italia-miraggio-ospedali-pubblici\\_PU34p3eJTsjBNxKLa2HOeO.html?refresh\\_ce](http://www.adnkronos.com/salute/sanita/2016/04/13/mappa-della-fecondazione-eterologa-italia-miraggio-ospedali-pubblici_PU34p3eJTsjBNxKLa2HOeO.html?refresh_ce).
- N.N., *As demand for surrogacy soars, more countries are trying to ban it. Many feminists and religious leaders regard it as exploitation*, in *The Economist*, May 13<sup>th</sup>, 2017, [www.economist.com/international/2017/05/13/as-demand-for-surrogacy-soars-more-countries-are-trying-to-ban-it](http://www.economist.com/international/2017/05/13/as-demand-for-surrogacy-soars-more-countries-are-trying-to-ban-it).
- N.N., *Irish abortion referendum: Ireland overturns abortion ban*, in *BBC News*, May 26<sup>th</sup>, 2018, [www.bbc.com/news/world-europe-44256152](http://www.bbc.com/news/world-europe-44256152).
- N.N., *Primo trapianto di utero tra gemelle, il bimbo è nato e sta bene*, in *La Repubblica*, 28 giu. 2018, [www.repubblica.it/salute/medicina-e-ricerca/2018/06/28/news/trapianto\\_utero\\_tra\\_gemelle\\_e\\_il\\_primo\\_caso\\_al\\_mondo-200265740/](http://www.repubblica.it/salute/medicina-e-ricerca/2018/06/28/news/trapianto_utero_tra_gemelle_e_il_primo_caso_al_mondo-200265740/).
- OBSERVATOIRE VIOLENCE OBSTÉTRICALE, [www.lascasildas.com.ar/](http://www.lascasildas.com.ar/).
- OSSERVATORIO SULLA VIOLENZA OSTETRICA IN ITALIA, [www.ovoitalia.wordpress.com/violenza-ostetrica-faq/](http://www.ovoitalia.wordpress.com/violenza-ostetrica-faq/).

- OVOCYTE MOI, «Noire et infertile, une vie passionnée», [www.youtube.com/channel/UCvzAngZc9Rkeo6w8kKBmpgA](http://www.youtube.com/channel/UCvzAngZc9Rkeo6w8kKBmpgA) e [www.facebook.com/ovocytemoi/](http://www.facebook.com/ovocytemoi/).
- PASOLINI C., *Maternità surrogata, "No all'affitto, ma sì all'utero in dono. Anche per gay"*, in *La Repubblica online*, 5 dic. 2015 [www.repubblica.it/cronaca/2015/12/05/news/maternita\\_surrogata\\_no\\_all\\_affitto\\_ma\\_si\\_all\\_utero\\_in\\_dono\\_ancher\\_per\\_gay\\_-128870022/](http://www.repubblica.it/cronaca/2015/12/05/news/maternita_surrogata_no_all_affitto_ma_si_all_utero_in_dono_ancher_per_gay_-128870022/).
- PHELPS E.A., *Why Do Our Memories Change?*, in *Scientific American*, Feb. 10<sup>th</sup>, 2017, [www.blogs.scientificamerican.com/observations/why-do-our-memories-change-video/](http://www.blogs.scientificamerican.com/observations/why-do-our-memories-change-video/).
- PLEASANCE C., *Surrogate mother, 48, who was paid \$33k for triplets files for custody after the father demanded that she abort one of the babies 'because he couldn't afford to care for it'*, in *DailyMail*, May 25<sup>th</sup>, 2016, [www.dailymail.co.uk/news/article-3608920/Surrogate-mother-48-gave-birth-triplets-despite-father-s-demand-abort-one-babies-couldn-t-afford-care-sues-custody.html](http://www.dailymail.co.uk/news/article-3608920/Surrogate-mother-48-gave-birth-triplets-despite-father-s-demand-abort-one-babies-couldn-t-afford-care-sues-custody.html).
- P.P. AVEC AFP, *La PMA en Espagne bientôt à nouveau gratuite pour les lesbiennes et les femmes seules*, in *LeParisien*, 6 juil. 2018, [www.leparisien.fr/laparisienne/actualites/societe/la-pma-en-espagne-bientot-a-nouveau-gratuite-pour-les-lesbiennes-et-les-femmes-seules-06-07-2018-7809909.php](http://www.leparisien.fr/laparisienne/actualites/societe/la-pma-en-espagne-bientot-a-nouveau-gratuite-pour-les-lesbiennes-et-les-femmes-seules-06-07-2018-7809909.php).
- RÉDACTION LE MONDE, *L'ouverture de la PMA à toutes les femmes prévue en 2018*, in *Le Monde*, 12 sept. 2017, [www.lemonde.fr/societe/article/2017/09/12/le-gouvernement-prevoit-l-ouverture-de-la-pma-a-toutes-les-femmes-en-2018\\_5184262\\_3224.html#tO8yp5LT5BeM6UUs.99](http://www.lemonde.fr/societe/article/2017/09/12/le-gouvernement-prevoit-l-ouverture-de-la-pma-a-toutes-les-femmes-en-2018_5184262_3224.html#tO8yp5LT5BeM6UUs.99).
- RIO V., *Ovocyte moi – Interview du mois*, in *Collectif BAMP*, 24 jan. 2017, [www.bamp.fr/2017/01/24/ovocyte-moi-interview-du-mois/](http://www.bamp.fr/2017/01/24/ovocyte-moi-interview-du-mois/).
- SACCO R., *Art. 32 della costituzione italiana: diritto alla salute - come sono state realizzate e continuano a realizzarsi le riforme nella sanità*, su *Centro Studi diritto sanitario*, [www.dirittosanitario.net](http://www.dirittosanitario.net).
- SUTCLIFFE A., *IVF women third more likely to develop ovarian cancer*, in *University College London*, 20<sup>th</sup>, Oct. 2015, <http://www.ucl.ac.uk/news/headlines/1015/201015-ivf-ovarian-cancer>.
- TATU N., *Bioéthique: «Cessons de diaboliser la GPA»*, in *L'Obs*, 21 jan. 2018, [www.nouvelobs.com/societe/20180120.OBS0950/bioethique-cessons-de-diaboliser-la-gpa.html](http://www.nouvelobs.com/societe/20180120.OBS0950/bioethique-cessons-de-diaboliser-la-gpa.html).

- TATU N., *Cryos, l'Amazon du sperme: "Les Françaises aiment beaucoup nos donneurs"*, in *Nouvel Obs*, 29 jan. 2017, [www.nouvelobs.com/societe/20170126.OBS4413/cryos-l-amazon-du-sperme-les-francaises-aiment-beaucoup-nos-donneurs.html](http://www.nouvelobs.com/societe/20170126.OBS4413/cryos-l-amazon-du-sperme-les-francaises-aiment-beaucoup-nos-donneurs.html).
- TESTART J., *Procréation: quelles limites à la technique?, Colloque: Ni objet, ni robot, simplement humain*, Charleroi, 24 mars 2017, [www.rencontredescontinents.be/Ni-objet-ni-robot-simplement-humain.html](http://www.rencontredescontinents.be/Ni-objet-ni-robot-simplement-humain.html).
- TWEEDY J., *Serial surrogate who admits she's addicted to being pregnant gives away a FIFTH baby as she retires at the age of 50*, in *Mail Online*, June 26<sup>th</sup>, 2018, [www.dailymail.co.uk/femail/article-5886551/Serial-surrogate-mum-three-spent-eight-years-giving-birth-others.html](http://www.dailymail.co.uk/femail/article-5886551/Serial-surrogate-mum-three-spent-eight-years-giving-birth-others.html).
- US CENTER FOR BIOETHICS AND CULTURE, *Eggsploitation*, 2014, [www.eggsploitation.com/](http://www.eggsploitation.com/).
- VAN GELDER L., *Noel Keane, 58, Lawyer in Surrogate Mother Cases, Is Dead*, in *The New York Times*, Jan. 28<sup>th</sup>, 1997, [www.nytimes.com/1997/01/28/nyregion/noel-keane-58-lawyer-in-surrogate-mother-cases-is-dead.html](http://www.nytimes.com/1997/01/28/nyregion/noel-keane-58-lawyer-in-surrogate-mother-cases-is-dead.html).
- VIALA O., LÉGITIMUS L.D., *Corps Médical*, projet en fin de cursus à l'Institut International de l'Image et du Son (3iS), [www.youtube.com/watch?v=QXC4uSStxr8](http://www.youtube.com/watch?v=QXC4uSStxr8).

## Contributi in congressi

- AUTIERI F., *Biobanca e centri di PMA*, Primo Congresso Nazionale Fondazione PMA Italia, Firenze, 23-24 Febbraio 2018.
- BRAVERMAN A.M., *Evaluating, educating or gatekeeping: what role for the counsellor*, in *Egg donation: medical, psychological and ethical considerations*, ESHRE Campus course, Barcelona, 26-27 January 2018.
- CREUX H., *National survey on the opinion of French specialists in ART about societal issues to prepare the future revision of the French bioethic law*, in *Session 25: Changing ethics, changing laws*, Annual Meeting, ESHRE 2018, Barcelona, July 2<sup>th</sup>, 2018.
- D'ANGELO A., *Surrogacy: Indications and clinical aspects*, in *Precongress Course n. 04: Surrogacy a Gift with Consequences*, Annual Meeting, ESHRE 2018, Barcelona, 1<sup>st</sup> July 2018.
- GURTIN Z., *Egg sharing: psychological and ethical considerations*, in *Egg donation: medical, psychological and ethical considerations*, ESHRE Campus course, Barcelona, 26-27 January 2018.
- LE ROUX A.C., *témoignage, Le don de gamètes, quelles questions pour le 21<sup>e</sup> siècle?*, Espace de Réflexion Éthique de Normandie, CHU Caen, 26 octobre 2017.
- PENNINGS G., *Respecting parental choice regarding anonymity*, in *Egg donation: medical, psychological and ethical considerations*, ESHRE Campus course, Barcelona, 26-27 January 2018.
- ROZÉE V., *Surrogacy: Patients' Perspective, Policies, Ethics, Legal Framework*, The Best of ASRM and ESHRE 2017, Paris, 23-25 February 2017.
- SHENFIELD F., *Cross border reproductive care: The facts from the ESHRE study*, in *Access and diversity of medically assisted reproduction in Europe*, Council of Europe meeting, Strasbourg, 22-23 February 2018.



- SMITH N., *Surrogacy in the UK - myth busting and reform*, in *Pre-congress Course n. 04: Surrogacy a Gift with Consequences*, Annual Meeting, ESHRE 2018, Barcelona, 1st July 2018.
- SÖDERSTRÖM-ANTTILA V., *Results, pregnancy outcome and follow up after surrogacy*, in *Precongress Course n. 04: Surrogacy a Gift with Consequences*, Annual Meeting, ESHRE 2018, Barcelona, 1<sup>st</sup> July 2018.
- SUNDE A., *Abolishing anonymous donation*, in *Egg donation: medical, psychological and ethical considerations*, ESHRE Campus course, Barcelona, 26-27 January 2018.



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso  
nel mese di febbraio dell'anno 2020  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy

*Per informazioni ed acquisti*

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli  
Tel. 0817645443 - Fax 0817646477  
Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino  
12/2020

8120133190



TULLIA PENNA  
Il dono di capacità riproduttiva:  
la PMA con dono di gameti  
e la GPA

ESI

Questo volume, sprovvisto del taloncino a fronte, è da considerarsi copia saggio gratuito esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

€ 47,00

ISBN 978-88-495-4048-2



9 788849 540482